

دولة ماليزيا
وزارة التعليم العالي (KPT)
جامعة المدينة العالمية
كلية العلوم الإسلامية
قسم القضاء والسياسة الشرعية

التطليق للشقاق والضرر بين الفقه المالكي ومدونة الأسرة المغربية

دراسة مقارنة

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القضاء

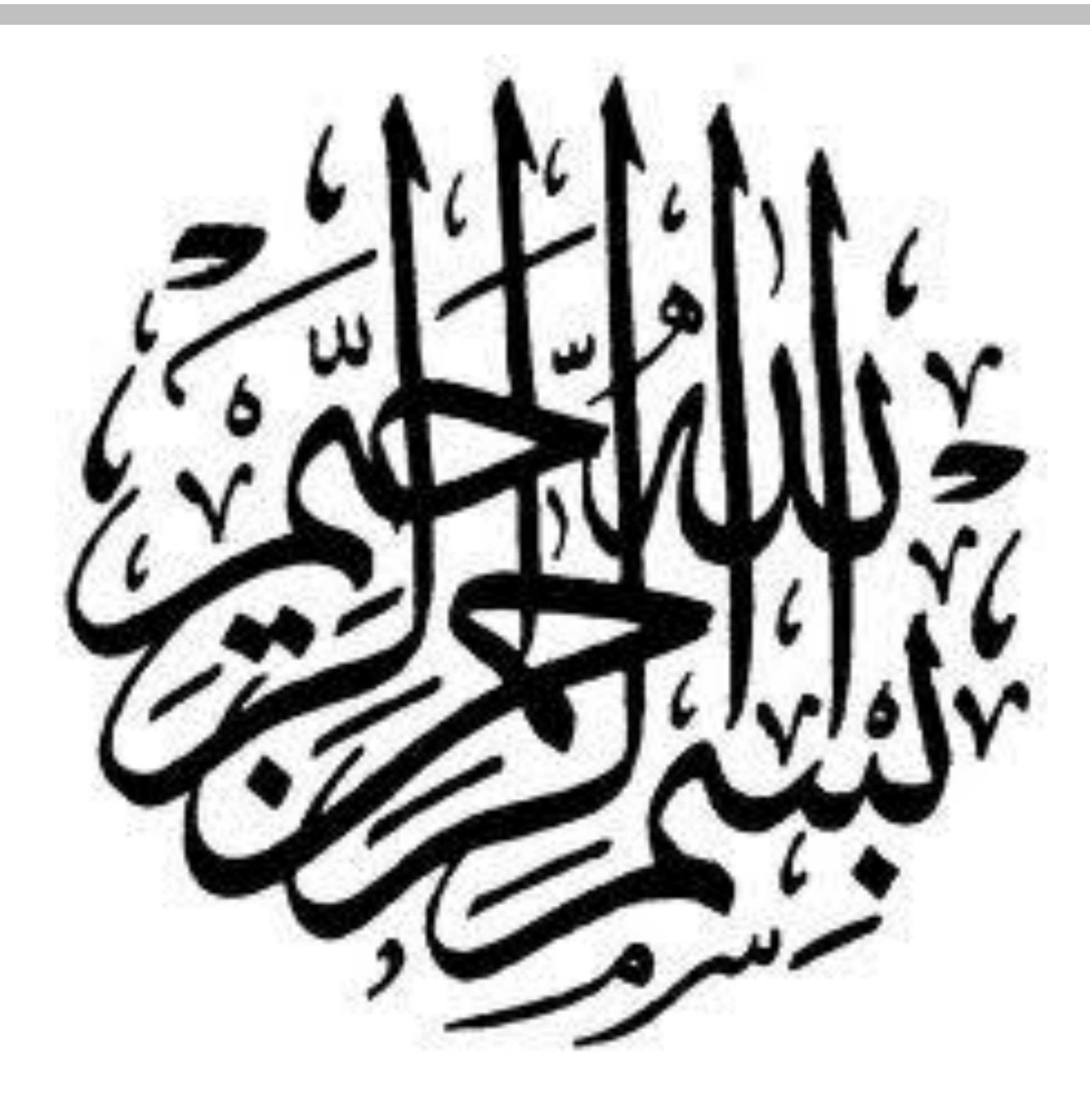
والسياسة الشرعية – هيكل ب

إعداد: ندخوشي إبراهيم

إشراف: الدكتور نادي قبيصي سرحان

كلية العلوم الإسلامية قسم القضاء والسياسة الشرعية

العام الجامعي سبتمبر ٢٠١٢ الموافق ربيع الأول ١٤٣٣


بسم الله الرحمن الرحيم

صفحة الإقرار

أقرت جامعة المدينة العالمية بماليزيا بحث الطالب (**ندخوشي إبراهيم**) من الآتية أسماؤهم:

المشرف

د نادي قبيصي البدوي سرحان

د. خالد حمدي

المتحن الداخلي

.د. رمضان الحسنين جمعة

المتحن الخارجي

أحمد محمد عبد العاطي

رئيس الجلسة

APPROVAL PAGE

The dissertation of (Brahim nadkhouchi**) has been approved by the following**

Supervisor

Internal Examiner

External Examiner

Chairman

إعلان

أقر بأن هذا البحث هو من عملي الخاص، قمتُ بجمعه ودراسته، وقد عزوت النقل والاقتباس إلى مصادره.

اسم الطالب: ندخوشي إبراهيم

التوقيع:



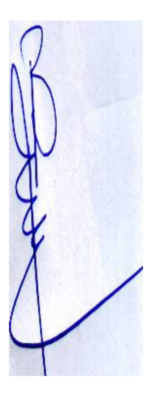
التاريخ:

DECLARATION

I hereby declare that this dissertation is the result of my own investigation, except where otherwise stated .

Student's name: Brahim nadkhouchi

Signature :



Date:

جامعة المدينة العالمية

عنوان البحث: التطليق للشقاق والضرر بين الفقه المالكي ومدونة الأسرة المغربية دراسة مقارنة

دراسة وتحليل



ـــــــــــــــــــــــ	ـــــــــــــــــــــــ
التوقيع	التاريخ

ملخص البحث

عالج هذا المبحث موضوع الشقاق والضرر في الفقه المالكي مقارنة مع نصوص مدونة الأسرة المغربية.

وقد تناول في مبحث تمهيدي مفهوم الطلاق، وأحكامه، وأسبابه.ثم بعد ذلك قسم البحث إلى بابين:

تناول الباب الأول مفهوم كل من الشقاق والضرر من الناحية اللغوية والاصطلاحية،ثم اختلاف الفقهاء حول التطليق للشقاق والضرر، وطبيعة كل واحد منهما المبررة للتطليق، وكذلك الآراء الفقهية المختلفة حول مدى صلاحية الحَكَمين للتفريق من عدمه، ثم إلى طرق ووسائل إثبات الضرر، والمتمثلة في شهادة السماع الفاشي ومراتب هذه الأخيرة.كما تطرق إلى الوسائل التي عالجت بها الشريعة الإسلامية مشكلة الشقاق والضرر والمتمثلة في نقطتين:

الأولى تعريف كل من الزوجين بما له وما عليه تجاه شريكه في الحياة أي بحقوقه وواجباته، والثانية في استئصال بذور الشقاق من مهدها وذلك بالاعتماد على مؤسسة التحكيم.

أما الباب الثاني فقد تناول جانب الشقاق والضرر في جانبه الإجرائي انطلاقا من مدونة الأسرة ويتعلق الأمر هنا بمسطرتي الشقاق الأصلية والتبعية وأخيرا الجهة الموكول إليها مسألة النظر في فض النزاعات أي القضاء الأسري.

ABSTRACT

This section addressed the subject of discord and harm or damage in the Maliki Fiqh in comparison with the texts of the Moroccan Family Modawana.

The preliminary study was on the concept of divorce, its provisions and its causes. Then, the search section to two titles:

Section I was about the concept of discord and harm or damage in linguistically and idiomatic ways, and about the different views between Foukahaa or scholars regarding divorce for discord and harm, and the nature of each of them in the justification of this divorce. As well as the different jurisprudence on the validity of the provisions to differentiate, and to ways and means of proof, of the fascist hierarchy and hearsay. It also addressed the ways in which Islamic law has addressed the problem of discord and harm presented in two points:

The first definition was about spouse with and toward his partner in life, rights and duties.The second, to eradicate the seeds of discord by relying on the arbitration institution.

Part II dealt with by discord and harm in it's procedural form, parting from the family code which means the original dependency discord rulers. And finally the entrusted side responsible for the consideration of any judicial disputes.

شكر وتقدير

أتقدم بخالص شكري وامتناني إلى والدي ووالدتي اللذين بذلا كل شيء لكي يريا ثمرة هذا العمل، الذي أسأل الله العلي العظيم أن يجعله في ميزان حسناتي وحسناتهم.

واعترافا بالفضل لأهله، ومكافأة لمن صنع لي معروفًا، فإنني أتقدم بخالص ودي وعرفاني، وجزيل شكري، إلى أستاذي الفاضل، الأستاذ الدكتور / نادي قبيصي سرحان .أجزل الله له الثواب، إذ تفضل مأجورًا بقبول الإشراف على هذا العمل المتواضع، توجيهًا وإرشادًا وتصويبا، وأولاني المزيد من الاهتمام والمتابعة والتدقيق، رغم ثقل أعبائه، وكثرة تبعاته، جعل الله ما تفضل به من جهد في ميزان حسناته.

كما أتقدم بخالص شكري وامتناني وتقديري لأساتذ تي الفضلاءأ عضاء لجنة المناقشة:

- د. **رمضان الحسنين** جمعة الأستاذ المساعد المتفرغ بقسم (الشريعة الإسلامية) بكلية دار العلوم – جامعة الفيوم ممتحنًا (مناقشًا) خارجيًّا-
- **د. خالد حمدي عبد الكريم** الأستاذ المساعد بقسم (الفقه وأصوله) بكلية العلوم الإسلامية – جامعة المدينة العالمية، ونائب وكيل عمادة شئون المكتبات (لشئون قواعد النشر والروابط الإلكترونية) بالجامعة ممتحنًا (مناقشًا) داخليًّا
- **د. أحمد علي عبد العاطي** وكيل عمادة الدراسات العليا للتعليم عن بعد بجامعة المدينة العالمية رئيسًا للجلسة.
- أ. **سيد أبو بكر** ممثل عمادة الدراسات العليا للتعليم عن بعد بالجامعة

الذين تفضلوا مشكورين بالموافقة على مناقشة هذا البحث وتجميله وتحسينه بإرشاداتهم السديدة، فجزاهم الله عني خير الجزاء وجعل هذا العمل في ميزان حسناتهم.

كما أخص بالشكر والتقدير، أطر ومسيري جامعة المدينة العالمية، وبالخصوص، أطر كليات العلوم الإسلامية.

إهداء

- إلى التي ذاقت مرارة الحياة لأتذوق حلاوتها.
- إلى أولئك الذين قال الله تعالى في حقهم:

وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا

سورة الإسراء: 24

الفهرس

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله نحمده سبحانه وتعالى ونشكره، ونستهديه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، ونشهد أنه الله لا معبود بالحق في الكون سواه، ونصلي ونسلم على المبعوث للخلق رحمة، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما.

مقدمة عامة

تعتبر مؤسسة الزواج في الإسلام من بين أسمى المؤسسات. ولهذا يعتبر عقد الزواج من أقدس العقود التي تربط بين الرجل والمرأة على وجه البقاء، غايته الإحصان والعفاف، والمحافظة على النسل، وإنشاء أسرة مستقرة، إذ بواسطته يحصن المجتمع من الأمراض الفتاكة، ومن الانحلال الخلقي، ولذلك وصفه القرآن الكريم بأنه الميثاق الغليظ.

وقد أحسن المشرع المغربي صنعا حينما أكد في الفصل الأول من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، بأنه: "ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين الرجل والمرأة على وجه البقاء، غايته الإحصان والعفاف، وتكثير سواد الأمة، بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج، تكفل للمتعاقدين تحمل أعبائها في طمأنينة وود وسلام[١].

واعتبرته المدونة الحالية في المادة الرابعة بأنه " ميثاق تراض وترابط......."

وقد نوه القرآن الكريم بامتنان ربنا على عباده بهذه النعمة، فقال عز من قائل:

﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[٢]

ويتضح من خلال الآيات الكريمة والأحاديث النبوية، أن مفهوم الإسلام للزواج قائم على علاقات مودة ورحمة وتآزر.

إلا أن هذه الرابطة قد تتعرض إلى ما يكدر صفوها، أو تعرف اختلافات تعصف بهناء الحياة الزوجية، ويحل التنافر محل الانسجام والكراهية محل المحبة والألفة، والقسوة محل الرحمة والعطف، فيصبح بذلك عش الزوجية جحيما لا يطاق، ويستحكم الشقاق، ويتعذر الإصلاح، ويصبح فك الارتباط هو الحل الأمثل، بالرغم من كونه ينعت بأبغض الحلال إلى الله، وأنه آفة اجتماعية، لما ينتج عنه من آثار سلبية، فيكون حينئذ اللجوء إلى الطلاق أو التطليق، هو السبيل الوحيد لإنهاء هذه العلاقة، وإزالة الضرر على الزوج المتضرر.

(١) – الفصل الأول من مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة.

(٢) – سورة الروم الآية ١٩.

ويعد موضوع الطلاق واحدا من بين المواضيع التي عرفت جدلا كبيرا في أوساط المجتمع المغربي بمختلف طبقاته، وخاصة في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، إذ كان يؤاخذ على هذه الأخيرة، من قبل المنظمات النسائية، وخاصة اليسارية منها، أن الأزواج يتعسفون في استعمال الحق المخول لهم، بأن جعل المشرع الطلاق بأيديهم، وطالبوا بضرورة تقنين الطلاق وتقييد سلطة الزوج في توقيعه، وإخضاعه لرقابة القضاء.

فقدمت عدة مشاريع للتعديل، غير أنه لم تتم الاستجابة لأي من هذه المشاريع، حتى سنة ١٩٩٣.

وبدأت حملة مكثفة من أجل ذلك، قوبلت بالرفض من لدن بعض الحركات الإسلامية،

وبعد أن اشتد الصراع بين الطرفين، تدخل الملك الحسن الثاني رحمه الله، فاستقبل في ٢٩ شتنبر ١٩٩٢ وفدا نسائيا مكونا من ممثلات بعض الجمعيات النسائية بالمغرب، تحت رئاسة الأميرة فاطمة الزهراء، فوجه إليهن خطابا أكد فيه تفهمه للمشاكل التي تتعرض لها المرأة المغربية والتي تكتسي طابعا أسريا في أغلبها، كما أكد عزمه على النظر في مطالب هذه الجمعيات في إطار ما عرف عن المغرب من تشبث بأسس دينه وأصالته، دون تحليل لما حرمه الله.

وبناء على ما ورد في هذا الخطاب الملكي، تم تشكيل لجنة لتعديل مدونة الأحوال الشخصية في ١٤ أكتوبر ١٩٩٢: برئاسة عبد الهادي بوطالب[(١)]، وطلبت من النساء تزويدها بمطالبهن مكتوبة لتدرس داخل اللجنة، ليتم اقتراح تعديل متكامل.

وقد جاء هذا التعديل بمقتضى ظهير ١٠ شتنبر ١٩٩٣، ومن أهم ما جاء به هذا التعديل، إخضاع الطلاق لرقابة القاضي، حيث تم تعديل الفصل الثامن والأربعين، الذي أصبح ينص على أنه: (- يجب الإشهاد بالطلاق لدى شاهدين عدلين منتصبين للإشهاد في دائرة اختصاص القاضي التي يوجد بها بيت الزوجية.

لا يسجل الطلاق إلا بحضور الطرفين وبعد إذن القاضي.

---

(١) عبد الهادي بوطالب حصل على اجازة ودكتوراه في الشريعة وأصول الفقه ودكتوراه في الحقوق جامعة القرويين، عمل أستاذا بالمدرسة المولوية كما اشتغل بمجلس الاستيناف الشرعي. وعمل استاذا للقانون بجامعتي محمد الخامس بالرباط والحسن الثاني بالدار البيضاء حيث درس مادتي القانون الدستوري. شارك في اول حكومة مغربية بعد الاستقلال كوزير للشغل والشؤون الاجتماعية. تقلد عدة مناصب وزارية وترأس البرلمان المغربي سنة ١٩٧٠، وعمل مستشار الملك الحسن الثاني في فترة (١٩٧٦-١٩٧٨) و (١٩٩٢-١٩٦٦)من موقع www.marefa.org.

إذا توصلت الزوجة بالاستدعاء ولم تحضر وأصر الزوج على إيقاع الطلاق استغني عن حضورها).

وبعد تحقيق الحركات النسوية لهذا المكسب، بدأت تطالب بتكريس هذا المبدأ، وكسب مزيد من الحقوق، مما دفع بكتابة الدولة في الرعاية الاجتماعية وشئون الأسرة والطفولة في ظل حكومة التناوب إلى إصدار مشروع (الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية) وذلك في مارس ١٩٩٩، وتضمنت بعض الأحكام أو المقتضيات التي لاقت معارضة دينية شديدة،مثل إلغاء الولاية في الزواج، ومنع تعدد الزوجات، مما أثار ردود فعل قوية من جانب مختلف مكونات المجتمع المغربي، وتسبب في صراع وجدال حاد،خاصة بين التيار الإسلامي المحافظ الرافض لمضامين هذا المشروع، وبين التيار الحداثي المؤيد للخطة، وقد تجسد الخلاف بين هذه المكونات في تنظيم مسيرتين: إحداهما مناهضة للخطة تم تنظيمها بالدار البيضاء، وأخرى مؤيدة لها بالعاصمة الرباط.

وكما كان الشأن قبل تعديل ١٩٩٣، تم اللجوء والاحتكام إلى المؤسسة الملكية، وتم تشكيل لجنة ملكية استشارية لتعديل مدونة الأحوال الشخصية، عرفت بدورها نقاشا حادا بين أعضائها.

وفي العاشر من أكتوبر ٢٠٠٣، فصل جلالة الملك محمد السادس في الملف الذي طالما شكل نقطة شد وجذب في الحياة العامة المغربية، وذلك في خطاب افتتاح الدورة الأولى من السنة الثانية من الولاية التشريعية السابعة، بعد أن قدم إليه مشروع التعديل الذي خلصت إليه اللجنة يوم ١٢ شتنبر ٢٠٠٣. وقد أعلن جلالته في هذا الخطاب عن إحالة المشروع الجديد للمدونة التي أصبحت تحمل اسم " **مدونة الأسرة** " على البرلمان الذي صادق عليها بالإجماع بتاريخ ١٦ يناير ٢٠٠٤.

ومن أهم ما جاءت به هذه المدونة مما له علاقة بموضوعنا تكريس مؤسسة الضرر وإحداث مؤسسة الشقاق، وكذلك إحداث قضاء أسري متخصص في قضايا الأسرة، إضافة إلى تعزيز رقابة القضاء في توقيع الطلاق.

أهمية الموضوع

إن الدراسات والأبحاث بمختلف أشكالها وأنواعها تهدف إلى سبر أغوار مشكلة معينة وتشخيص دائها ودوائها، بعد أن تخرج إلى حيز الوجود.

ولعل التطبيق العملي لمدونة الأسرة أبان عن كثير من العيوب في نصوصها، ويعتبر التطليق للشقاق من بين أهم مستجد جاءت به، وهكذا فإن أي نزاع يخاف منه الشقاق، ولو تعلق بالإخلال بالحقوق والواجبات المتبادلة، يخول اللجوء للقضاء، وأصبحت مسطرة الشقاق منفذا لمن لا منفذ له، وأن العمل القضائي دأب على الاستجابة لدعاوى التطليق للشقاق في غياب تفسير واضح لمضمونه، وإنما وقع تكريسا لمقولة مفادها أنه لا يمكن تصور حكم بعدم القبول أو الرفض في هذه الدعاوى.

فإذا كان الحكم غير قابل لأي طعن، فإن الخطورة تزداد عندما يتسرب إلى الحكم خطأ جسيم في تطبيق القانون، ولا سبيل لتدارك ذلك، بل إنه مشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون، في حين أن الشقاق يعد مسألة موضوعية ينبغي أن تخضع للرقابة لدى محكمة الطعن.

إن سهولة توقيع التطليق دون مبرر، ولأسباب تافهة، يطرح أكثر من تساؤل، ويلزم المشرع أن يراجع اختياراته، خاصة من جانب الصلح، ليصبح هدفا، وليس وسيلة للطلاق، وإلا فإن ضحايا هذا النوع من التطليق في تزايد مستمر، بشكل يهدد كيان المجتمع.

فارتفاع نسب الطلاق، وما يخلفه من آثار سواء بالنسبة للمطلقة نفسها، إذ تصبح عالة على المجتمع، أو أبنائها الذين يصبحون عرضة للضياع،نظرا لضعف مراقبة الأم نتيجة انتقال الحضانة إليها.

وخلاصة القول فإن المجهود المبذول سواء من طرف المشرع، أو من قبل الهيأة القضائية والإستنارة بآراء فقهاء المذهب المالكي، قصد تفعيل مقتضيات مدونة الأسرة، لا يكفي وحده للمحافظة على توازن الأسرة، والحيلولة دون انهيارها واندثارها، ما لم تكن هناك رغبة صادقة وتعاون فعال من طرف جميع مكونات المجتمع والأسرة،خاصة الزوج والزوجة.

وهكذا فالمسئولية تقع على كاهل الفاعلين في المجتمع المدني، للتوعية وتفادي بذور الخلاف والفتنة وأسباب الشقاق، ونشر الفهم الصحيح لفلسفة مشروع مدونة الأسرة.

الدافع إلى اختيار الموضوع

ومن الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع أنه بحكم عملي في كتابة الضبط، فقد لاحظت أن التطليق للشقاق أكثر المساطر القانونية التي يتم اللجوء إليها في محاكم الأسرة، بل قد ذوبت في قالبه أنواع التطليقات الأخرى، التي يمكن أن تلجأ إليها المرأة، كالتطليق للضرر ولعدم الإنفاق، أو بسبب الإخلال بشرط من شروط عقد الزواج، أو التطليق للغيبة أو بسبب الهجر أو الإيلاء.

وتشير الإحصائيات الرسمية الخاصة بمحكمة الأسرة بالدار البيضاء مثلا، إلى ارتفاع منحنى دعاوى التطليق للشقاق، إذ أنها تستقبل الآف الطلبات من هذا النوع.

وقد تحول هذا النوع من التطليق إلى قنبلة موقوتة تهدد استقرار الأسر، وإن كان المشرع عندما وضع القوانين الخاصة بهذا النوع من التطليق، يروم تفعيل الطلاق الاتفاقي، وجعل الشقاق نوعا آخر هدفه الصلح، وفق مساطر محددة تلعب فيها الوساطة وجلسات الصلح الدور الفعال، حتى لا تنعكس آثار الانفصال سلبا على الأبناء- فإن ذلك لم يظهر على أرض الواقع، وتحول الشقاق إلى حرب بين الزوجين تنتهي بانتصار الطرف الأقوى.

ومما يعكس جدية ما تمت الإشارة إليه أعلاه، الأرقام المخيفة التالية:

بلغ عدد دعاوى التطليق للشقاق الموضوعة لدى محكمة الأسرة بالدار البيضاء في الفترة الفاصلة بين يناير ومارس من سنة ٢٠١١: ٦٦٧٧ دعوى، منها ٣٧٣٧ دعوى متخلفة من السنة الماضية و٢٩٤٠ دعوى للنوع نفسه من التطليق، سجلت في الفترة المذكورة

واحتل الشقاق المرتبة الأولى بصدارته أنواع التطليق التي تروج بالمدينة المليونية.

ومن الأسباب الداعية أيضا لاختيار هذا الموضوع، هو الشعور بضرورة إبراز ولو نسبيا الخسائر المادية والمعنوية التي يطرحها سلوك مسطرة الشقاق في مجتمعنا المغربي، إضافة لما ينشأ عن هذا من تشتيت للأسرة والفرقة بين الزوجين والأولاد مع آباءهم، وما يتسم به الموضوع في

المغرب، خاصة بعد صدور مدونة الأسرة، ولما يعرض على المحاكم من ملفات في هذا الموضوع، وما يثيره من

إشكاليات وغيرها، هي الدافعة للتفكير فيما يعيشه واقع الأسر المغربية من مشاكل وصراعات، وبعلمي أيضا بالدور الأساسي للأسرة في بناء المجتمع السليم، ومن تم كان اختياري لهذا الموضوع.

وقد لاحظت أن المشرع في مدونة الأسرة،نص على أسباب جديدة للتطليق كالشقاق، واعتبر الإخلال بشرط في عقد الزواج ضمن الأضرار المبررة للتطليق، ونظرا لهذا التداخل بين الشقاق والضرر ولكون التطليق بسبب الشقاق من بين أهم المستجدات التي جاءت بها المدونة، ولكونها أيضا أجازت اللجوء إلى مسطرة الشقاق في حالة تعذر إثبات الضرر فقد قررت أن أجعل عنوان الموضوع هو " التطليق للشقاق والضرر بين الفقه المالكي ومدونة الأسرة دراسة مقارنة ".

وتماشيا مع العنوان تم التركيز، على المذهب المالكي وحده لاعتبارات أهمها:

أولا: إن المشرع المغربي في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، أشار إلى أنه كل ما لم يشمله هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح والمشهور من مذهب مالك.

ثانيا: إن المذهب المالكي تستمد منه مدونة الأسرة المغربية غالبية أحكامها.

ثالثا: اعتبار المذهب المالكي أهم المذاهب الفقهية التي تأخذ بالتطليق للشقاق والضرر.

رابعا: إن المذهب المالكي هو المذهب الرسمي في المملكة المغربية.

الدراسات السابقة:

وقد تناول فقهاؤنا رحمهم الله موضوع التطليق للضرر والشقاق، وخاصة كتب التفسير،عند تعرضهم لتفسير الآيات التي تضمنت هذه المصطلحات. كابن العربي المالكي[(1)] في كتابه "أحكام القرآن" ونفس الشيء بالنسبة للفقيه الكبير الجصاص في كتابه " أحكام القرآن"

وكذلك الإمام القرطبي في كتابه " أحكام القرآن ". كما تناولتها الكتب الفقهية في قسم المناكحات ومن بينها "موطأ مالك" وغيرها من الكتب.

أما الكتابات المعاصرة فتتشكل غالبيتها من أبحاث وكتابات أطر الدراسات العليا في كلية الحقوق والشريعة، عند تناولهم بالشرح النصوص المتعلقة بمادة الأحوال الشخصية..

وبصفة عامة فالأبحاث في مادة التطليق للشقاق قليلة، فهي فقط مواضيع متناثرة في المجلات القانونية والدورية المختلفة.

---

(١) بو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي. فقيه مفسر عالم باللغة وُلد في مدينة قرطبة، وقد رحل بعد سقوطها إلى الإسكندرية، ثم إلى صعيد مصر حيث استقر فيه.

كان القرطبي عالمًا كبيرًا منقطعًا إلى العلم منصرفًا عن الدنيا، فترك ثروة علمية تقدر بثلاثة عشر كتابًا مابين مطبوع ومخطوط، أبرزها تفسيره الكبير **الجامع لأحكام القرآن الكريم**، وهو تفسير كامل عُني فيه بالمسائل الفقهية إلى جانب العلوم الأخرى، و **التذكرة بأحوال الموتى؛ أحوال الآخرة؛ التذكار في أفضل الأذكار؛ التقريب لكتاب التمهيد.**

توفي القرطبي ودفن في صعيد مصر .من موقع المكتبة الشاملة

خطة البحث

التمهيد: نظرة عامة عن الطلاق

المبحث الأول: مفهوم الطلاق وأحكامه.

المبحث الثاني: أسباب الطلاق.

الباب الأول: التطليق بسبب الشقاق والضرر في الفقه المالكي

الفصل الأول: اختلاف الفقهاء حول التطليق بسبب الشقاق والضرر وطبيعة الشقاق والضرر المبررين للتفريق:

المبحث الأول: مفهوم الشقاق والضرر لغة واصطلاحا

المطلب الأول: مفهوم الشقاق

المطلب الثاني: مفهوم الضرر

المبحث الثاني: اختلاف الفقهاء حول التطليق بسبب الشقاق والضرر

المطلب الأول: الرأي المعتبر للشقاق والضرر سببا للتفريق

المطلب الثاني: الرأي المخالف لاعتبار الشقاق والضرر سببا للتفريق

المبحث الثالث: طبيعة الشقاق والضرر المبررين للتفريق

المطلب الأول: الشقاق المبرر للتفريق

الفقرة الأولى: طبيعة الشقاق المبرر للتفريق

الفقرة الثانية: مميزات وخصائص الشقاق المبرر للتفريق

المطلب الثاني: الضرر المبرر للتفريق

الفقرة الأولى: طبيعة الضرر المبرر للتفريق

الفقرة الثانية: شروط الضرر المبرر للتفريق

الفصل الثاني: إثبات الضرر

المبحث الأول: مراتب شهادة السماع وشروطها

المطلب الأول: مراتب شهادة السماع

المطلب الثاني: شروط شهادة السماع

المبحث الثاني: التعويض عن الضرر

الفصل الثالث: معالجة الشريعة الإسلامية للشقاق والضرر:

المبحث الأول: السبل الوقائية من الشقاق والضرر

المطلب الأول: تعريف الزوجين بحقوقهما والأمر بالمعاشرة بالمعروف

المطلب الثاني: عدم الاستجابة لمقتضيات الكراهة

المطلب الثالث: اتباع الطرق الشرعية في علاج النشوز

المبحث الثاني: وسيلة التحكيم

الفصل الرابع: نظام التحكيم كإجراء جوهري في التطليق بسبب الشقاق والضرر:

المبحث الأول: من يتولى بعث الحكمين ؟

المطلب الأول: اعتبار الحاكم هو المكلف ببعث الحكمين

المطلب الثاني: اعتبار الزوجين هما المكلفان ببعث الحكمين

المبحث الثاني: حقيقة الحكمين (أو صفتهما القانونية)

المطلب الأول: اعتبار الحكمين حاكمين

المطلب الثاني: اعتبار الحكمين وكيلين

المبحث الثالث: شروط الحكمين

المبحث الرابع: وظيفة الحكمين

المطلب الأول: إصلاح ذات البين بين الزوجين

المطلب الثاني: التفريق بين الزوجين عند تعذر الإصلاح

الباب الثاني: التطليق بسبب الشقاق والضرر في التشريع المغربي

الفصل الأول: صور الإضرار في القضاء المغربي

المبحث الأول: الصور العملية للإضرار

المبحث الثاني: اشتراط تعذر استمرار الحياة الزوجية في الضرر المبرر للتطليق

الفصل الثاني: إثبات الضرر

المبحث الأول: الوسائل المعتمدة في إثبات الضرر

المطلب الأول: الإثبات بشهادة السماع الفاشي

المطلب الثاني: الإثبات بالشهادة الطبية

المطلب الثالث: محضر الضابطة القضائية كوسيلة من وسائل الإثبات

المبحث الثاني: اللجوء إلى مسطرة الشقاق في حالة العجز عن إثبات الضرر

المطلب الأول: مسطرة الشقاق الأصلية

المطلب الثاني: مسطرة الشقاق التبعية

الفصل الثالث: التطليق بسبب الإخلال بشرط في عقد الزواج في مدونة الأسرة الجديدة:

المبحث الأول: الشروط المقترنة بعقد الزواج

المطلب الأول: أنواع الشروط المقترنة بعقد الزواج

الفقرة الأولى: الشروط الموافقة لمقتضى عقد الزواج

الفقرة الثانية: الشروط المناقضة لمقتضى عقد الزواج

الفقرة الثالثة: الشروط التي لا تناقض العقد ولا تنافيه

المطلب الثاني: اختلاف الفقهاء حول الشروط غير المناقضة وغير المنافية لمقتضى عقد الزواج

الفقرة الأولى: المذهب القائل بصحة هذه الشروط

الفقرة الثانية: المذهب القائل ببطلان هذه الشروط

الفقرة الثالثة: المذهب القائل بكراهية هذه الشروط

تمهيد

نظرة عامة عن الطلاق

الأصل أن ميثاق الزوجية وجد ليدوم ويستمر، ضمانا لاستقرار الأسرة وحمايتها من التفكك، مع توفير أسباب تنشئة الأطفال تنشئة سليمة، ومن أجل هذا وجب عدم اللجوء إلى الطلاق إلا استثناء وعند الضرورة القصوى.

فلئن أجاز الشرع الطلاق فقد رغب عنه؛ لما يترتب عنه من آثار سلبية لا تقتصر على الزوجين فقط.

فواقعة الطلاق ليست مجرد تصرف ثنائي، بل هو تصرف اجتماعي تنعكس آثاره مباشرة على المجتمع وتسيء إلى استقراره وطمأنينته.

وإذا ألقينا نظرة عامة على التشريعات المقارنة في موضوع تنظيم الفرقة بين الزوجين، نجد أن أحكامها تختلف اختلافا كبيرا.

فمنها ما يذهب إلى منع الطلاق نهائيا، مثل بعض التشريعات المنتمية إلى المذهب الكاثوليكي المسيحي.[(١)]

ومنها ما يسمح بالطلاق، ولكن في حدود تتفاوت من قصره على حالات وأسباب محددة وعن طريق القضاء، إلى السماح للزوج بتوقيعه متى رغب في ذلك لسبب أو لغير سبب.

ومنها ما يقصر إبرام الطلاق على القضاء، مع تقييد هذا الأخير بأسباب محددة لا يجوز له الحكم بالطلاق في غيرها، والزوجان لا يحق لهما المطالبة بالطلاق إلا في نطاق هذه الأسباب المحددة.

(١) – أحمد الخمليشي التعليق على مدونة الأحوال الشخصية، 262/1مكتبة المعاريف للنشر والتوزيع، ط/٢ ١٩٨٧.

ومن التشريعات أيضا من يجعل القضاء هو المختص، لكن مع إعطاء الزوجين حرية أوسع، دون أن يلزمهما ببيان الأسباب.

والقاضي في ظل هذه التشريعات لا يستطيع أن يرد دعوى أحد الزوجين، ودوره يبرز فقط في محاولة الصلح بين الزوجين، والتأكد من جدية الأسباب المؤسسة عليها الدعوى، وتعيين من يقوم بحضانة الأطفال إن وجدوا، وتقدير التعويض المستحق للزوج المدعى عليه.

ومن التشريعات من يسمح للزوج بتوقيع الطلاق مباشرة، دون إلزامه بالرجوع إلى القضاء، وذلك إلى جانب حق الزوجين معا في التطليق القضائي.[(١)]

ومما لاشك فيه، أن أي حل بشأن إنهاء الرابطة الزوجية من الحلول السابقة، لم يسلم من العيوب والانتقادات؛ لأن الموضوع متشابك، وتتباين فيه المصالح، وتتعارض فيه حقوق وواجبات كل من الزوج والزوجة والأولاد والمجتمع، ويستحيل التوفيق بين هذه الحقوق والواجبات جميعها عن طريق قواعد قانونية عامة ومجردة، وهذا ما جعل الطلاق في حد ذاته شرا وأبغض الحلال؛ لأنه وحتى في الحالات التي تفرضه فيه قوة قاهرة وضرورة ملحة، لابد أن تكون له ضحية من أحد الزوجين أو الأولاد أو المجتمع، ويكاد يكون من المستحيل حدوث طلاق يرضي الجميع ولا يتضرر منه أحد.

ولن نجد أفضل من التشريع الإسلامي في موضوع التفرقة بين الزوجين؛ لأن هدفه هو السعي ما أمكن إلى التوفيق بين حقوق وواجبات كل من يعنيهم أمر الطلاق، بأن تكون آثاره الإيجابية أرجح من الأضرار التي يخلفها، تطبيقا لمبدأ (إذا اجتمع ضرران ارتكب أخفهما). وما دام تفادي كل الأضرار أمرا متعذرا فإن (ما لا يدرك كله لا يترك جله).

وسوف تتعرض الصفحات التالية للتعريف بالطلاق، وبيان أحكامه، والأسباب التي تؤدي إلى وقوعه.

(١) – وهذا هو حال مدونة الأسرة المغربية، الفصل ٧٨ من **مدونة الأسرة المغربية**.

المبحث الأول: تعريف الطلاق وأحكامه

سنتعرف خلال هذا البحث على تعريف الطلاق وأحكامه وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الطلاق

الطلاق لغة: هو الترك والمفارقة، كما يعني الإخلاء والإرسال، والطالق من الإبل هي التي طلقت في المرعى، وقيل هي التي لا قيد عليها[(1)]، وأطلق الأسير خلاه [(2)].

أما في الشرع فله تعار يف متعددة:

فقد عرفه الفقيه المالكي ابن عرفة[3] بأنه: "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين للحر ومرة لدي الرق حرمتها عليه قبل زوج[(4)]".

لكن هذا التعريف وغيره يؤخذ عليها أنها لا تشير إلى من له صلاحية إيقاع الطلاق، لذلك يستحسن تعريف الطلاق بالتعريف التالي: هوإنهاء العلاقة الزوجية بتوقيع من الزوج بلفظ يفيد ذلك صراحة أو ضمنا، أو الزوجة، أو وكليهما، أو عن طريق القضاء.

أما المادة ٧٨ من مدونة الأسرة فتعرف الطلاق بأنه: "حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة كل حسب شروطه تحت مراقبة القضاء، وطبقا لأحكام هذه المدونة".

والملاحظ أن المشرع المغربي من خلال هذا النص، ساوى بين الرجل والمرأة في أحقية توقيع الطلاق، مخالفا بذلك النصوص الشرعية التي جعلت الطلاق ابتداء بيد الزوج، وربما التفسير الذي يمكن أن يعطى للنص السابق، هو أن المشرع ربما كان يقصد التطليق الذي تلجأ إليه الزوجة حين تتضرر، وليس الطلاق الإرادي الذي يبقى من حق الزوج.

---

(١) – **لسان العرب** لابن منظور٩/١٣٧دارصادر بيروت ط/٢٠١٠.٤

٢- **مختار الصحاح**١/٢٧٦دار الفيحاء.ط//٢٠١٠م١٤٣١.

(٣) ابن عرفة:ابو عبد الله محمد بن عرفة الورغمي ولد سنة٧١٦ه/١٣١٦م.وتوفي سنة٨٠٣ه/١٤٠٠م. فقيه مالكي وإمام جامع الزيتونةوخطيبه في العهد الحفصي تفقه على القاضي ابن عبد السلام الهواري وأخذ عنه الأصول أخذ القراءات عن محمد بن سلامة الأنصاري عاصر ابن خلدون وتنافس معه حجسنة٧٩٣ه وأخذ عنه المصريون والمدنيون. موقع ويكبيديا الحرة

(٤) – **البهجة** في شرح التحفة١/٦٢٨دار الفكر١٤١٢/١٩٩١.

مشروعية الطلاق

والطلاق مشروع بالكتاب والسنة.

أما في الكتاب فلقوله تعالى: ﴿ **الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾[(١)].

وأما في السنة، فلحديث سالم الذي أخبر به عبد الله بن عمر، من أنه طلق زوجته وهي حائض، فذكر سيدنا عمر ذلك لرسول الله -صلى الله عليه وسلم- الذي تغيظ من هذا الفعل وقال له: "ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر، فإن بدا له أنه يطلقها فليطلقها طاهرا من حيضتها قبل أن يمسها فتلك العدة التي أمر الله بها"[(٢)].

والحكمة من تشريع الطلاق تبدو واضحة، من أنه في الوقت الذي تستحيل فيه المعاشرة والمساكنة بين الزوجين، لسبب من الأسباب، يصبح الطلاق هو الحل، فهو استثناء من الأصل الذي هو أبدية عقد الزواج.

ومدونة الأسرة أكدت أنه: "لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية كالطلاق أو التطليق إلا استثناء، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين، لما في ذلك من تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال".[(٣)]

---

(١)- سورة البقرة الآية ٢٢٨

(٢) - سنن ابي داوود كتاب **الطلاق باب في طلاق السنة** وصححه الالباني :صحيح ابي داوود١٣٥٥٩.

http://www.islamweb.net/hadith/hadithServices.php?type=1&cid=101&sid=30002

٣- المادة ٧٠ من **مدونة الأسرة**.

المطلب الثاني: أحكام الطلاق

لكي يقع الطلاق صحيحا مرتبا لكافة آثاره القانونية، لابد من توافر بعض الشروط، منها ما يتصل بالزوج، ومنها ما يتصل بالزوجة، ومنها ما يتصل بالصيغة.

أولا: الشروط المتعلقة بالزوج

يشترط بالنسبة للمطلق:

- أن يكون عاقلا مختارا، أي يجب أن يكون كامل الأهلية.
- أن تكون إرادته حرة سليمة من العيوب.
- وألا يكون في حالة مرض الموت[١]، فمن طلق زوجته في مرضه، ثم مات من ذلك المرض، ورثته زوجته عند مالك وجمهور أهل المدينة.
- وأن لا يكون فاقدا لملكة عقله بأي شكل من أشكال الفقد، كالسكر الإرادي[٢]، واختلال العقل[٣].
- كما تؤخذ بعين الاعتبار جدية تلفظ الزوج بالطلاق، بالرغم من ادعائه أن تلفظه للهزل فقط؛ لقوله -صلى الله عليه وسلم-: " ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد " وذكر من بينهما الطلاق[٤].
- ألا يكون في حالة غضب أثناء تلفظه بالطلاق؛ لأن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "لا طلاق في إغلاق"[١].

١- **الكافي** في فقه أهل المدينة المالكي باب طلاق المريض ٣٦٢/١.٢ المكتبة العصرية دون ذكر الطبعة.

٢- يقول بن جزي نقلا عن ابن رشد: (إن كان لا يعرف الأرض من السماء، ولا الرجل من المرأة كالمجنون وإن كان سكره دون ذلك ينفذ طلاقه) ابن جزي **القوانين الفقهية** دار الفكر ٩٧/١ طبعة جديدة ومنقحة.

(٣)- "وكذا يقال فيمن اختل عقله، لكبر أو لمرض أو لمصيبة فاجأته فما دام في حال غلبة الخلل، في الأقوال والأفعال فلا تعتبر أقواله" **بدائع الصنائع** ٢١٥/٤، ط/٢٠٠٣/٢ المحققان: علي معوض، عادل أحمد عبد الموجود.

(٤)- اخرجه ابوداوود وابن ماجة وهو حديث حسن بطرقه /اخرجه ابوداوود برقم٢١٩٤/**صحيح سنن ابو داوود**برقم٢٠٣٩/**صحيح سنن ابن ماجة** برقم١٦٥٨./موقع الدرر السنية الاليكتروني

ثانيا: الشروط المتعلقة بالزوجة

حتى يقع الطلاق صحيحا يشترط في الزوجة:

- أن تكون زوجة للمطلق حقيقة أو حكما، حقيقة بأن تكون الزوجية مستندة إلى عقد زواج صحيح قائم بالفعل، سواء وقع الدخول أو لم يقع.
- أما الزوجية في حكم القائمة، فيمثل لها بالمعتدة من طلاق رجعي، حيث تكون الزوجية في حكم القائمة، طالما أن العدة لم تنته؛ لأن الطلاق الرجعي لا ينهي الرابطة الزوجية.
- أن تكون في طهر لم يمسها فيه، فلكي يوافق الطلاق السنة، على الزوج أن يطلق زوجته في طهر لم يمسها فيه، طلقة واحدة.

والمشرع المغربي في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، قد قنن كل هذه الأحكام، بأن أشار إلى أن: "محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي، ولا يصح على غيرهما الطلاق ولو معلقا "(٢) وفي نص آخر: "إذا وقع الطلاق والمرأة في حيض، أجبر القاضي الزوج على الرجعة "(٣).

ثالثا: الشروط الخاصة بالصيغة:

إن الطلاق شأنه في ذلك شأن أي تصرف شرعي، يستند إلى إرادة الإنسان، الذي يعبر عن هذه الإرادة بكل ما يدل على إنهاء العلاقة الزوجية، سواء أكان هذا التعبير باللفظ أم بالكتابة أم بالإشارة من العاجز عنهما(٤).

ويقصد بصيغة الطلاق تلك العبارة التي ينطق بها الزوج؛ للدلالة على حل رباط الزوجية وإيقاع الطلاق بالفعل.

٥- (أخرجه الحاكم برقم ٢٨٠٣ والبيهقي في **السنن الكبرى** برقم ١٥٠٩٨). موقع الدرر السنية

(٢)- المادة ٤٥ من **مدونة الأحوال الشخصية** الملغاة.

(٣).- الفصل٤٧ من **مدونة الأحوال الشخصية** الملغاة.

(٤)- الفصل٤٦ من **مدونة الأحوال الشخصية**.

وهذه الصيغة قد تدل على هذا المعنى المقصود من الطلاق صراحة، وهو ما يسمى بالطلاق الصريح، وقد لا تكون كذلك، وهو ما يسمى بالطلاق الكنائي، والمدونة أشارت إلى ذلك بقولها: "يقع الطلاق باللفظ المفهم له وبالكتابة ويقع من العاجز عنها بإشارته الدالة على قصده".[1]

والطلاق قد يكون منجزا، وقد يعلق على شرط، أو يربط بأجل، وقد يكون مبنيا على الحلف باليمين أو الحرام، وقد يجمع الطلاق الثلاث في لفظ واحد.

ودون الدخول في المناقشات الفقهية، فإن مدونة الأسرة المغربية اعتبرت كل هذه الأنواع غير ذي أثر.

فالمادة ٩٣ أشارت إلى أن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع.

أما المادة ٩٢، فاعتبرت أن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدا.
أما المادة ٩١ فأكدت أن الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق.

(١) –الفصل ٤٦ من **مدونة الأحوال الشخصية.**

المبحث الثاني: أسباب الطلاق

الإنسان كما يقول علماء الاجتماع، كائن اجتماعي بطبعه، لا يمكن أن يعيش لوحده، فهو يولد ويترعرع وسط محيط اجتماعي، وما قيل عن حي ابن يقضان لابن طفيل[1] من أنه عاش منفردا منعزلا هو محض تصور خيالي، لا نصيب له من الواقع، فهو يتعايش مع أبناء جنسه، لجلب المنافع ودرء المضار، ولابد له من تأسيس أسرة، ولابد أن يتزوج وينجب الأولاد، وفي كل ذلك لابد من نصوص شرعية تؤطر كل هذه العلاقات.

وعليه يقصد بأسباب الطلاق تلك الأسباب الناتجة عن العلاقات الاجتماعية من جهة، والأسباب التي لها صبغة شرعية من جهة أخرى، وعليه فسوف نبحث هذه الأسباب في مطلبين: الأول يتناول الأسباب الاجتماعية، والثاني يتناول الأسباب الشرعية.

المطلب الأول: الأسباب الاجتماعية للطلاق.

يقصد بالأسباب الاجتماعية، تلك الأسباب المرتبطة أساسا بشخص الزوجين في تفاعلهما مع المجتمع الذي يعيشان فيه، وقد يكون سببها الزوج أو الزوجة على حد سواء.

أ-الأسباب التي ترجع إلى الزوجة

في غالب الأحيان ما تكون الزوجة مصدرا لأسباب تهدم الحياة الزوجية، ويظهر ذلك جليا في أمرين أساسيين:

الأمر الأول: أن تخل الزوجة بواجباتها الزوجية، سواء تعلق الأمر بإهمال الإشراف على البيت، أو تنظيم شئونه، أو التقصير في حقوق الزوج.

الأمر الثاني: يتمثل في جهل الزوجة بحق القوامة للرجل عليها، وبالتالي تنازعه الاختصاص في حقه الشرعي داخل البيت، مما يؤدي إلى تصادم بين زوجة تريد أن تفرض إرادتها على الزوج، وبين رجل يمارس حقه الشرعي في القوامة التي أعطاه الله إياها: ﴿ **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ** ﴾[2].

---

(١) ابن طفيل :فيلسوف وعالم وطبيب عربي مسلم ورجل دولة هو من أعظم المفكرين العرب لذين خلفوا الآثار الخالدة في عدة ميادين منها :الفلسفة وهو يمثل النزعة الطبيعية من خلال كتابه **حي بن يقظان**. موقع ويكيبيديا /الموسوعة الحرة/

(٢) – سورة النساء، (الآية) ٣٣.

فالسفينة لها ربان وقائد واحد ليس إلا.

كما أن شعور المرأة بجمالها، أو نسبها، أو مالها، بحيث ترى نفسها أنها أفضل منه، قد تكون الشرارة التي قد تحرق أركان بيت الزوجية.

ولتفادي كل هذه المعضلات نرجع إلى تعاليم السنة النبوية: "فاظفر بذات الدين تربت يدك"[1].

ب-الأسباب التي ترجع إلى الزوج

إن عدم تحمل الزوج لمسئوليته تجاه البيت الذي يشرف عليه -وخاصة في الجانب المالي- وبتعامله بقسوة مع نصفه الآخر، وعدم المعاشرة بالمعروف، يشكل قنبلة موقوتة قد تنفجر في أي وقت وتهد أركان بيت الأسرة، ونفس الأمر إذا خالف النصوص الشرعية، كإدمانه على الخمر أو المبيت خارج بيت الزوجية.

ولكي نتجنب مثل هذه الأسباب، وحتى إن وقعت، ففي كتاب الله الدواء الناجع لكل أمراضنا الأسرية، يقول تعالى:﴿ **وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً**﴾[2]

ويقول عز من قائل: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا**﴾.

ج-العلاج والحلول

ذكر الله سبحانه وتعالى أفضل الأسباب الكفيلة بعلاج ما قد يحصل بين الزوجين من طلاق، وهو علاج يسلك به مسلك التدرج من الأخف:

قال تعالى: ﴿ **وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فإن أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلا**﴾[3].

١- فتح الباري كتاب **النكاح** باب الأكفاء في الدين وتزويج المقل المثرية/الراوي ابوهريرة/المحدث البخاري/صحيح البخاري رقم٥٠٩٠

٢- سورة النساء (الآية) ٣٤.

(٣)- سورة النساء الآية ٣٣.

وقال تعالى:﴿ **إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيمًا وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا خَبِيرًا**﴾[1].

فهذا التوجيه الإلهي يتم على مراحل .

المرحلة الأولى: الوعظ [2]

وهو تذكير الزوجين بالله تعالى، وبيان ما يترتب على عصيان الزوج من الإثم إذا أمر بغير معصية، فقد جاءت امرأة إلى النبي –صلى الله عليه وسلم– فقال لها: "أنت ذات زوج؟ قالت: نعم. قال: انظري أين أنت منه فإنما هو جنتك ونارك" [3].

المرحلة الثانية: الهجر في المضجع

إذا استمرت الزوجة على عنادها وعصيانها، ولم ترتدع بالوعظ، فللزوج الحق في هجرها في الكلام ثلاثة أيام، وفي المضجع ما شاء حتى ترجع إلى رشدها .

أما إذا تبين أن السبب خطأ الزوج، فتسلك الزوجة في حل هذا النزاع أحد الأمور التالية:

وعظ الزوج وتذكيره بالله وما أوجب الله عليه من معاشرة زوجته بالمعروف، وأنها أمانة في يده وليقم بحق هذه الأمانة خير قيام .

مصالحة الزوجة لزوجها كما قال تعالى: ﴿ **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلاَ جُنَاْحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**﴾[4].

وهذا الصلح يحصل إما بأن تسقط الزوجة شيئا من حقوقها؛ كأن تضع عنه بعضا من مهرها أو جزءا من نفقتها؛ لأن بقاءها في عصمة زوجها يعدل ذلك كله؛ وهو خير لها من مفارقته، ولتحرص الزوجة على كسب ود زوجها ما استطاعت إلى ذلك سبيلا .

وإذا تمادى الخلاف بين الزوجين، ولم تفد تلك الوسائل، وكل منهما يرى أن الحق معه، فالله –جل وعلا– أرشدهما إلى التحكيم، وهو أن يُختار حكم من أهل الزوج وحكم من أهلها

---

(١)- سورة النساء، الآية ٣٤.

(٢)- **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية** لعبد الرحمان الصابوني: كيف عالج الإسلام نشوز أحد الزوجين. ٧٤٢/٢ دار الفكر ط/٢ مزيدة ومنقحة.

(٣)-اخرجه الألباني في كتاب **صحيح الترغيب والترهيب** باب ترغيب الزوج في الوفاءحديث رقم١٩٣٣ مكتبة المعاريف للنشر والتوزيع ٤١٢/٢ ط/١ ١٤٢١ه/ ٢٠٠٠م الرياض.

(٤)- سورة النساء، الآية ١٢٧.

ليصلحا بينهما، بشرط أن يكونا مسلمين عاقلين بالغين، عدلين من أهل الخبرة والعلم بالحقوق الزوجية؛ للسعي في الإصلاح بين الزوجين.[1]

هذا يدل على حرص الإسلام على استمرار الحياة الزوجية، فهو يدعو إلى كل ما فيه بقاء الزوجة في عصمة زوجها، ويحث على الاجتماع و لم شمل الأسرة، وينهى عن الخلاف والفرقة.

1- **مجلة العدل السعودية** العدد الثاني ١٤٢٠هـ.

المطلب الثاني: الأسباب الشرعية للطلاق

يقصد بالأسباب الشرعية للطلاق تلك الأسباب المؤسسة على أمور شرعية، ويتعلق الأمر هنا بالتطليق للعيب، ولعدم الإنفاق، والتطليق للغيبة، والتطليق للشقاق أو الضرر، والخلع والتمليك والإيلاء والهجر.

أولا: التطليق لعدم الإنفاق

من المعلوم أن نفقة كل شخص على نفسه إلا الزوجة فنفقتها على زوجها.[1]

هذا وقد عرفها الإمام ابن عرفة رحمه الله بأنها: "ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف"[2].

ويجد التفريق لعدم الإنفاق سنده الشرعي في الكتاب العزيز والسنة المطهرة:

ففي القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿ **الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾[3].

قال تعالى: ﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النَّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لَّتَعْتَدُواْ**﴾[4].

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين: أن الله أمر الأزواج بإمساك زوجاتهم بالمعروف، فإن تعذر ذلك فما عليهم إلا الطلاق بإحسان، فإذا كان الزوج قادرا على الإنفاق فما عليه إلا أن ينفق على زوجته بالمعروف، أما إذا أعسر وتعذر عليه الإنفاق فالواجب عليه التسريح بإحسان؛ أي طلاق زوجته[5].

١- الفصل ١١٥ من **مدونة الأحوال الشخصية.**

(٢)- **شرح حدود الإمام الأكبر** أبي عبد الله بن عرفة للرصاع، نشر وزارة الأوقاف المغربية، ١٤١٢ هـ/ ١٩٩٢م، مطبعة فضالة، المحمدية، ٣١٣/١.

(٣)- سورة البقرة، الآية ٢٢٧.

(٤)- سورة البقرة الآية ٢٢٩.

(٥)- **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية وقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية،** د.عبد الرحمن الصابوني، دار الفكر الطبعة الثانية، ٢ /٨٣٦.

قال ابن العربي: "إن للزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها، فإن لم يفعل خرج عن حد المعروف، فيطلقها عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها في بقائها عند من لا يقدر على نفقتها"[(١)].

أما في السنة النبوية:

فقد روي عن أبي هريرة –رضي الله تعالى عنه– قال: "قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: "أفضل الصدقة ما ترك عن غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني..."[(٢)].

موقف المذهب المالكي من التطليق لعدم الإنفاق

لقد لخص صاحب التحفة موقف المذهب المالكي من التطليق لعدم الإنفاق بالأبيات التالية:

الزَّوْجُ إِنْ عَجَزَ عَنْ إِنْفَاقِ لِأَجَلِ شَهْرَيْنِ ذُو اِسْتِحْقَاقِ

بَعْدَهُمَا الطَّلاَقُ لاَ مِنْ فِعْلِهِ وعَاجزٍ عَن ْكِسْوَةٍ كَمِثْلِهِ

وَلِاجْتِهَادِ الْحَاكِمِينَ يُجْعَلُ فِي الْعَجْزِ عَنْ هَذَا وهَذَا الْأَجَلُ

وَذَاكَ مِنْ بَعْدِ ثُبُوتِ مَا يَجِبُ كَمِثْلِ عِصْمَةٍ وحَالِ مَنْ طَلَبَ[(٣)]

فالزوج إن عجز عن النفقة والكسوة، يؤجل شهرين، فإن لم يقدر على القيام مما تحتاج إليه الزوجة، من كسوة ونفقة، فإن الحاكم يطلق عليه، والأجل بطبيعة الحال متروك لاجتهاد القاضي.

---

(١)- **أحكام القرآن** لابن العربي دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، ١/ ٢٧٠

(٢)- أخرجه البخاري، كتاب **النفقات**، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، رقم: ٥٣٥٥.

٣- **شرح التحفة**:د/عبد الكريم شهبون١/٤٦١ط/١.١.١٤٣١/٢٠١٠.

ثانيا:التطليق للفقد

يرى المالكية أن لزوجة المفقود الحق في التطليق من زوجها المفقود، بعد التربص والعدة، وقد لخص العلامة الدسوقي -رحمه الله- هذا الرأي بقوله: "المفقود في بلاد الإسلام، وحكمه: أنه يؤجل أربع سنين بعد البحث عنه، والعجز عن خبره، ثم تعتد زوجته، والمفقود بأرض الشرك كالأسير، وحكمهما: أن تبقى زوجتهما لانتهاء مدة التعمير، ثم تعتد زوجته، والمفقود في الفتن بين المسلمين، وحكمه: أن تعتد زوجته بعد انفصال الصفين، والمفقود في الفتن بين المسلمين والكفار، وحكمه: أن يؤجل سنة بعد النظر والكشف عنه، ثم تعتد زوجته، هذا حاصل ما تقدم وظاهره أنه لا يحتاج للحكم بموته للأقسام كلها، ولا إذن القاضي للزوجة في العدة ".[١]

موقف المدونة:

المشرع المغربي لم يتعرض للموضوع في المدونة بيد أنه تطرق لما يتعلق بالتطليق للغيبة، فإذا كانت هذه الأخيرة تخول الطلاق فمن باب أولى التطليق للفقد.

ثالثا:التطليق للغيبة

استند المالكية على القول بوجوب التطليق على مجموعة من الأحاديث النبوية، منها حديث عبد الله بن عمرو بن العاص- رضي الله عنهما - قال: قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ألم أخبرك أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟ فقلت: بلى يا رسول الله، قال -صلى الله عليه وسلم-: فلا تفعل، صم وأفطر، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقا، وإن لعينيك عليك حقا، وإن لزوجك عليك حقا "[٢].

فبمفهوم المخالفة فالزوج الغائب يضيع هذا الحق ويلحق ضررا بأهله، والضرر يزال كما تقول القاعدة الفقهية.[٣]

١- حاشية الدسوقي على **الشرح الكبير**٢/٤٨٠إحياء دار الكتب العربية/عيسى البابي الحنبلي وشركاؤه.

2-الراوي: عبد الله بن عمرو بن العاص/المحدث الالباني./المصدر صحيح الجامع الرقم٧٩٤٢/ http.www.dorar.net/enc/hadit. رقمه في البخاري٦٧٢٥ ،واللفظ له من حديث عائشة رضي الله عنها

3- هده القاعدة من القواعد الكبرى التي يعتمد عليها الفقهاء في تقرير الأحكام الشرعية للحوادث والمسائل المستجدة.

وحدد المالكية شروط التطليق للغيبة في:

- أن تكون مدة الغيبة سنة أو أكثر.[١]
- وأن تخشى الزوجة على نفسها الضرر بسبب الغيبة.
- والكتابة إلى الزوج الغائب إن علم مكانه بأن يحضر إلى زوجته أو يضمها إليه وإلا طلق عليه القاضي.[٢]

رابعا: التطليق للعيب

إن الكفاءة في الزواج تعني في شق منها أن يكون كل واحد من الزوجين سالما من العيوب، وإلا فإن المساكنة الشرعية بمعنييها المادي والمعنوي، لا تتحقق مع وجود العيوب المانعة من الوطء.

إن العيب يجد سنده الشرعي في كل من القرآن الكريم، والسنة النبوية:

ففي القرآن يقول الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿ **أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءهُم مَّلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْباً** ﴾[٣].

أما في السنة: ما ثبت عن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– أنه " تزوج امرأة من بني غفار، فلما دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش، أبصر بكشحها بياضا، فانحاز عن الفراش ثم قال: خذي عليك ثيابك، و لم يأخذ مما أتى شيئا"[٤].

وفي رواية أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– تزوج امرأة من بني غفار، فلما أدخلت رأى بكشحها وضحا، فردها إلى أهلها وقال: "دلستم علي"[٥].

وقد عرف ابن عرفة العيب في باب الغرور في النكاح، بقوله: "إخفاء نقص معتبر بأحد الزوجين بذكر ثبوت نقيضه، أو تقرر عرف بثبوته"[١].

4- المادة ١٠٤ من **مدونة الأسرة** /شرح مدونة الأسرة١/٣٠٦ م س

5 -**شرح مدونة الأسرة** /محمد الأزهر١/٣٠٦ مطبعة دار النشر المغربيةط/٥سنة٢٠١١

١- سورة الكهف الآية: (٧٩).

٢ - **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، ٣ /٤٩٣،. كتاب **النكاح** باب مايرد به النكاح ط/٢ المكتب الإسلامي بيروت، ١٩٧٨/.

(٥)- **السنن الكبرى**، للحافظ البيهقي، كتاب النكاح باب: ما يرد به النكاح من العيوب (الحديث رقم:١٤٥٥٥) ٥٠٤/١٠. نسخة محققة بإشراف مكتب البحوث للدراسات في دار الفكر لبنان، ط/١٩٩٦.١.

موقف المالكية من التطليق للعيب

قال الإمام مالك عليه -رحمه الله- بأن النكاح يرد بأنواع أربعة من العيوب وهي: الجنون والجذام والبرص وداء الفرج، وذلك من دون حاجة إلى اشتراط السلامة منها.

فقد سأل الإمام سحنون الإمام ابن القاسم[٢] : أرأيت إن تزوج رجل امرأة فأصابها معيبة: من أي العيوب يردها، في قول مالك (قال) أي ابن القاسم قال مالك: يردها من الجنون والجذام والبرص والعيب الذي في الفرج.

(قلت): أرأيت إن تزوجها وهو لا يعرفها، فإذا هي عمياء عوراء..(قال): لا ترد، ولا ترد من عيوب النساء في النكاح إلا من الذي أخبرتك به.

(قلت): أرأيت الرجل يتزوج المرأة ويشترط أنها صحيحة فيجدها عمياء، أيكون له أن يتزوجها بشرطه الذي شرطه. (قال): نعم. لأن مالك سئل عن الرجل تزوج امرأة، فإذا هي بغية، قال مالك: إن كانوا زوجوه على نسب فله أن يرد[٣].

فالخيار في إبقاء عقد النكاح وفسخه لأحد الزوجين أو لهما معا إن لم يسبق العلم بسبب عقد النكاح، أو لم يرض مريد الرد بالعيب بعد علمه به بعد العقد صريحا ولا التزاما.

---

(١)- كتاب **شرح حدود ابن عرفة**، للإمام ابن عرفة، ٢٥٤/١/تحقيق محمد أبي الأجفان والطاهرالعموري، دار الغرب الإسلامي.ط/١. ١٩٩٣

(٢) ابن القاسم: عبد الرحمن بن القاسم (عالم الديار المصرية ومفتيها أبو عبد الله العتقي مولاهم المصري صاحب مالك الإمام .روى عن مالك ، وعبد الرحمن بن شريح ، ونافع بن أبي نعيم المقرئ ، وبكر بن مضر، وطائفة قليلة . وعنه : أصبغ، والحارث بن مسكين ، وسحنون ، وعيسى بن مثرود، ومحمد بن عبد الله بن عبد الحكم ، وآخرون، وكان ذا مال ودنيا ، فأنفقها في العلم ، وقيل : كان يمتنع من جوائز السلطان ، وله قدم في الورع والتَّأَلُّه . /جمهرة تراجم فقهاء المالكية.٦٤٤/٢،دار البحوث الاماراتية ط/١.٢٠٠٦

(٣)- **المدونة الكبرى** للإمام مالك بن أنس الأصبحي، رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام ابن القاسم، ١٥٣/٢و١٥٤ مكتبة الثقافة الدينية.القاهرة.رقم الايداع٢٠٠٤/٣٨٦٨ كتاب النكاح/باب:في عيوب النساء والرجال.

فشرط الخيار هو انتفاء الأمور الثلاثة: سبق العلم للعقد، والرضا، والتلذذ بعده، فإن وجد أحدهما، فلا خيار لدلالته على الرضا[1].

و لم تعرف مدونة الأسرة المغربية العيب الموجب للتفريق، وإنما اكتفت بذكر العيوب المؤثرة على استقرار الحياة الزوجية، وتخول للزوجة الحق في طلب إنهاء ووضع حد للعصمة الزوجية، وهذه العيوب كما ذكرت في المادة: ١٠٧ من مدونة الأسرة هي:

-العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية.

-الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته، التي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة.

(١) - **شرح مواهب الجليل على مختصر العلامة خليل**، ١٤٤/٥.دار الكتب العلمية.ط/١بيروت١٤١٦/١٩٩٥.

خامسا: الإيلاء والهجر

الإيلاء في اللغة: هو الحلف على فعل الشيء أو على تركه، تقول: آليت أن أفعل كذا حلفت وأقسمت، ومنه قوله تعالى: ﴿ **وَلا يَأْتَلِ أُوْلُوا الْفَضْلِ مِنكُمْ وَالسَّعَةِ أَن يُؤْتُوا أُوْلِي الْقُرْبَى** ﴾[1]، وهو اليمين والحلف مطلقا، سواء كان ترك وطء الزوجة أو غيره.

وقوله تعالى: ﴿ **لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُو فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ** ﴾[2].

وفي الاصطلاح الفقهي: هو حلف الزوج أن لا يجامع زوجته أو على ترك معاشرتها لمدة تزيد على أربعة أشهر أو تعلق ذلك على أمر فيه مشقة على نفسه.[3]

ولكي يتحقق الإيلاء، لابد من الشروط التالية:

- أن تكون الزوجية قائمة على المولى عليها حقيقة أو حكما.
- أن يكون الزوج مسلما عاقلا وقادرا على إتيان زوجته، فإن كان مجنونا أو معتوها، أو مجبوبا أو مريضا مرضا شديدا، ما صح إيلاؤه من الناحية الشرعية.
- أن يحلف الزوج على زوجته على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر[4].

يلاحظ من خلال ما سبق أن المشرع المغربي أخذ بما ذهب إليه الفقه حيث إن الزوج يؤجله القاضي أربعة أشهر، فإن لم يمسها في الأربعة الأشهر، طلقها عليه وفقا للضرر.

والمشرع المغربي اعتبر الطلاق الناتج عن الإيلاء والهجر طلاقا رجعيا، يعطي الحق للزوج في مراجعة زوجته أثناء فترة العدة.

(١) - سورة النور، الآية ٢١.

(٢) - سورة البقرة، الآية ٢٢٥.

3- **الموسوعة الفقهية الميسرة** ٣٦٢/٥.دار بن حزم.ط/١١٤٢٥/٢٠٠٤م.

(٤) - **شرح مدونة الاسرة** ٣٢٠/١ م س

سادسا: تمليك الطلاق للزوجة (طلاق التفويض)

الأصل أن الذي يملك حق الطلاق هو الزوج، فهو ملزم بأداء حقوق الزوجة والأطفال في حالة الطلاق، مما يجعله أكثر حرصا على بقاء الحياة الزوجية، ومادام الطلاق ملكا للرجل، فله الحق في أن ينيب غيره لذلك، سواء أناب زوجته أو غيرها، حيث تكون هذه الإنابة على شكل توكيل أو تفويض، والفرق بينهما أنه يمكن عزل الوكيل، أما التفويض فهو نقل العصمة حيث يملك الزوج لزوجته أو غيرها حق إيقاع الطلاق، ولا يمكن للزوج عزل المفوض إليه، وأن يتنازل الزوج لزوجته عن حقه في الاستقلال بملكية الطلاق فيشركها معه، حين يعطيها الحق في أن تطلق نفسها ويشار إلى هذا في عقد الزواج.[1]

إن تمليك الطلاق للزوجة يجد سنده الشرعي في قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا * وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآَخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا**﴾[2]".

أما معرفة طبيعة الطلاق المملك فقد تضاربت آراء الفقهاء في طبيعته هل هو رجعي أم بائن وفي هذا الصدد يرى ابن عاصم[3] أنها طلقة بائنة:

وفي المملك الخلاف والقضا بطلقة بائنة في المرتضى[4].

ولقد أقر المشرع المغربي – من خلال المادة ٨٩ من مدونة الأسرة – أنه متى ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق، كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة للقضاء به ملتمسة في خضم ذلك الإشهاد بطلاق التمليك لدى عدلين منتصبين لهذا الغرض،

---

(١) – **شرح مدونة الأسرة**١/٢٥٨ مس

(٢)– سورة الأحزاب، الآية ٢٧

(٣) ابن عاصم الاندلسي:هو محمد بن محمد بن محمد ابوبكر ابن عاصم الغرناطي قاض من فقهاء المالكية با الأندلس مولده ووفاته بغرناطة كان يجلد الكتب في صباه وتقدم حتى اصبح قاضي القضاة من مؤلفاته:**تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام**.موقع المكتبة الشاملة.

(٤)– **تحفة ابن عاصم الأندلسي**.

بدائرة نفوذ المحكمة التي يتواجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة الطالبة، أو محل إقامتها، أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب.

سابعا: الطلاق بالخلع.

الخلع لغة: النزع والإزالة، يقال:[1] خلع الرجل ثوبه ونعله إذا نزعه، وخلع الرجل زوجته إذا أزال زوجيتها، وخلعت المرأة زوجها واختلعت من زوجها، إذا افتدت منه بمال، وبذلت له مالا ليطلقها، فإذا فعل ذلك فهو الخلع؛ لأن كلا من الزوجين لباس للآخر استخلاصا من قوله تعالى:﴿ **هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ** ﴾[٢]، ويسمى هذا الطلاق أيضا بالفدية والمباراة.

أما في الاصطلاح الفقهي فقد عرف بأنه: عقد معاوضة على البضع تملك به الزوجة نفسها ويملك به الزوج العوض، أو صفة حكمية توقف حلية متعة الزوج بسبب عوض على التطليق. [٣]

ويتبين مما سبق أن الخلع هو: أن يطلق الزوج زوجته بناء على رغبتها في ذلك وبعد أن تدفع له عوض مقابل هذا الطلاق.

هذا وحكم الخلع الجواز، بدليل قوله تعالى: ﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾[٤]، أي:

لا حرج على الزوجة في أن تدفع من مالها للحصول على الطلاق، ولا حرج على الزوج في أن يأخذ ذلك ليطلقها.[٥]

وكذلك الخلع جائز من خلال حجيته في القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة لقوله تعالى: ﴿ **وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾[٦].

---

(١) – **أحكام الخلع في الإسلام** لفضيلة الشيخ تقي الدين الهلالي مكتبة الهدي المحمدي١/٣١ط/١/١٤٣١ه/ ٢٠١٠م

(٢)– سورة البقرة (الآية ١٨٧).

(٣)– **منح الجليل**، شرح مختصر خليل، باب الطلاق، فصل الخلع، محمد بن أحمد بن محمد عليش، ٤/٤، دار الفكر سنة النشر ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

(٤)– سورة البقرة الآية ٢٢٨.

5- **أحكام الخلع في الإسلام**١/٤٥.م س

(٦)– سورة البقرة، الآية٢٢٨.

أما السنة النبوية فقد روي أن زوجة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقالت: يا رسول الله إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكنني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "أتردين عليه حديقته؟ "قالت: نعم، فقال عليه السلام لزوجها: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[١].

هذا ويشترط لصحة الخلع الشروط الآتية:[٢]

أن تكون الزوجة محلا لوقوعه حتى يتراضيا على الطلاق بالخلع أي أن تكون في زواج صحيح.

أن يكون الزوج كامل الأهلية فلا يصح خلع الصبي والمجنون والمعتوه ولا غيرهم من فاقدي الأهلية كالسكران والمكره.

أما المحجور عليه كالسفيه؛ فيجوز طلاقه إن كان على غير مال، فمن باب أولى صحة مخالفته إلا أن مطلقته تسلم المال إلى وليه.

وإذا فعل الزوج ذلك وتم له الأمر تعسفا أو بعد إلحاق ضرر بالمرأة لإجبارها على ذلك، يكون قد ملك المال ملكا خبيثا؛ لأنه خالف ما أمر الله به من تحقيق المودة والرحمة وحسن المعاشرة؛ حيث يجب أن يكون الطلاق عن تراض بين الزوجين؛ حيث يتم عن بينة واختيار، وأن لا تكره الزوجة، فإذا ثبت استعمال الزوج لأساليب تدفع المرأة لمخالعته وقع الطلاق بائنا دون التزام المرأة بذلك الخلع، لقوله تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُواْ النِّسَاء كَرْهاً وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ** ﴾[٣].

وهذا ما أخذ به المشرع المغربي- من خلال المادة ١١٧ من مدونة الأسرة الحالية- حيث أجاز للزوجة أن تسترجع ما خالعت به، شريطة أن تثبت أن هذا الخلع كان نتيجة إكراه وإلحاق ضرر بها.

(١)- http://www.ahlalhdeeth.com/vb/showthread.php?t=246129. **صحيح البخاري** اخرجه برقم٥٢٧٣. موقع الدرر السنية

3- **شرح مدونة الأسرة لمحمد الأزهر**/٣٢٩ مطبعة دار النشر المغربية.ط/٢٠١١/٥

4- سورة النساء الاية١٨.

فالأساس أن الزوج يعاقب بنقيض قصده، مادام قد أكرهها أو استعمل أساليب احتيالية لإجبارها على الخلع.

كما يتطلب الأمر أن تكون الزوجة المختلعة كاملة الأهلية، رشيدة غير محجور عليها، فإذا كانت دون سن الرشد القانوني لا يمكنها أن تلتزم بأداء الخلع، إلا بموافقة النائب الشرعي، وإذا خلعت وقع الطلاق ولا تلتزم بالأداء.[١]

وفي حالة اتفاق الزوجين على مبدأ الطلاق بالخلع، واختلافهما في مقداره، يتم رفع الأمر إلى المحكمة التي تحاول الإصلاح بينهما، فإذا تعذر ذلك حكمت بنفاذ الخلع بعد أن تتولى تحديد وتقدير مقابله، مع مراعاة مبلغ الصداق الذي تم دفعه من طرف الزوج، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة، وإذا تعلق الأمر بقاصرة، على المحكمة أن تراعي مصلحتها عند تقدير بدل الخلع.[٢]

1- **شرح مدونة الأسرة** ٣٢٩/١ م س.

2- المادة١٢١ من **مدونة الأسرة**.

وفي حالة إصرار الزوجة على طلب الخلع، وعدم استجابة الزوج لذلك، فيمكن البت في الطلب على أساس الشقاق، دون حاجة إلى فتح ملف جديد في الموضوع.

ثامنا: الطلاق الاتفاقي

لم يكن بمدونة الأحوال الشخصية السابقة أي نص تشريعي يشير صراحة أو ضمنا إلى حل ميثاق الزوجية بتراضي طرفيه، أو ما يصطلح على تسميته بالطلاق الاتفاقي، بل كانت المبادرة تأتي دائما من الزوج أو وكيله، أو من فوض له ذلك، طبقا للقانون واستثناء للمرأة متى ملكت هذا الحق.

مع العلم أن العديد من التشريعات العربية المقارنة، كانت تتبنى هذا النوع من الطلاق وتقننه صراحة ضمن قانونها الشرعي، كما هو الشأن بالنسبة للمادة ٤٨ من مجلة الأحوال الشخصية الجزائرية التي نصت على أنه: "... يتم الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين ..." والفقرة الأخيرة من المادة ٣١ من قانون الأسرة التونسي " ... يوافق القاضي على الطلاق بالتراضي... ".[١]

وينقسم الطلاق الاتفاقي المقرر بمقتضى قانون مدونة الأسرة الجديد، إلى نوعين رئيسيين:[٢]

- الطلاق الاتفاقي المجرد: وهو الذي يلجأ إليه الزوجان باتفاقهما دون أن يعلقاه على شروط محددة.
- الطلاق الاتفاقي المقيد: وهو الذي يقيده طرفاه بشرط واحد أو أكثر يتعين وجوبا أن لا يتنافى مع النظام العام وأحكام مدونة الأسرة وأن لا تكون له أية تبعات سلبية على مصالح الأبناء وحقوقهما المكتسبة.

3- **شرح مدونة الأسرة** ٣٢٥/١ مس.

4- **شرح مدونة الأسرة** لمحمد الأزهر ٣٢٥/١.ط/٥ سنة٢٠١١ مطبعة دار النشر المغربية الدار البيضاء

الباب الأول:

التطليق بسبب الشقاق والضرر في الفقه المالكي

يمكن القول أن المذهب المالكي يعد من أبرز المذاهب الفقهية التي تأخذ بالتطليق بسبب الشقاق والضرر، وإن كان هناك عدة اتجاهات مذهبية أخرى ترى أن التطليق ليس هو الحل في هذه الحالة بل إن الأمر يرجع إلى القاضي وسلطته التقديرية في اتخاذ الإجراء المناسب في حق الطرف المعتدي سواء كان الزوج أو الزوجة.

وعليه سيتم معرفة الرأيين معا، والوقوف على الأدلة التي يعتمد عليها كل طرف، وكذلك طبيعة الشقاق والضرر المبررين للتفريق (الفصل الأول)، كما سيتم بحث مختلف الوسائل المعتمدة في إثبات الضرر، وبالخصوص الإثبات بشهادة السماع (الفصل الثاني)، وكذلك الوسائل التي اتخذها الشريعة الإسلامية لمعالجة كل من الشقاق والضرر (الفصل الثالث) وخاصة وسيلة التحكيم (الفصل الرابع).

الفصل الأول:

اختلاف الفقهاء حول التطليق بسب الشقاق والضرر وطبيعة الشقاق والضرر المبررين للتفريق

المبحث الأول: مفهوم الشقاق والضرر

إن الشقاق لما يفضي إليه من العداوة والبغضاء والخلاف بين الزوجين، لا يمكن معه دوام العشرة، والعلاقة بينهما، فإن الشريعة الإسلامية وضعت قواعد ثابتة في حالة الخوف من نشوز الزوجة، وهو توقع يظهر بظهور أسبابه وأماراته، فيكون الخوف بمعنى الظن.

والنشوز هو الارتفاع: (ومقصوده خروج الزوجة عن الطاعة الواجبة للزوج)[1].

والمرأة الناشز هي المرتفعة عن زوجها التاركة لأمره، المعرضة عنه، متى امتنعت وقصرت في حقه مما أوجب الله عليها من طاعته، والقيام بحقه.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية وضعت قواعد مضبوطة لمعالجة مثل هذه الحالات، فإن التشريعات الوضعية ومن بينها مدونة الأسرة المغربية، قد اهتمت بموضوع الشقاق من خلال إفراده بباب خاص في القسم الرابع من مدونة الأسرة واعترافها بالحق في دعوى التطليق، وتحديد من له الحق في البث فيها، واعتبار مصيرها إما التوفيق والصلح بين الزوجين، حيث تشهد المحكمة على ذلك، وإما في حالة فشل الصلح فتحكم المحكمة بالتطليق.

وقد لا نتصور أن يكون مآل دعوى الشقاق الرفض أو عدم القبول؛ لأن كل الشروط الشكلية عادة ما تكون متوفرة، أما الشروط الموضوعية فهي أساس الدعوى وهو الخلاف والنزاع والشقاق للفصل في الخلاف، ليكون الشقاق في بعض أحواله هو خروج عن مقتضيات عقد النكاح وإعلانا عن بداية انحلاله في أفق إنهائه.

وإذا كان التطليق للشقاق وسيلة هامة بيد الزوجة، تضاف للوسائل الأخرى التي أتاحتها مدونة الأسرة للمرأة المتزوجة لإنهاء الرابطة الزوجية، التي لم تجد فيها الأنس المنشود فيمكن لها أن

---

(١) – **الموسوعة الفقهية الكويتية** ج٤٠ ص٢٨٤.

تسلك نفس المسطرة في حالات خاصة، افترض فيها المشرع قيام الشقاق بين الزوجين، كما في حالة رفض الزوجة للتعدد، وحالة فشل الزوجة في إثبات الضرر في دعوى التطليق للضرر...الخ

والسؤال الذي يطرح نفسه يتعلق بماهية كل من الشقاق والضرر لغة واصطلاحا.

والمطالب التالية ستجيب بعون الله على هذا السؤال:

المطلب الأول: مفهوم الشقاق

الشقاق لغة:

أصل الشقاق داء يكون بالدواب وهو تشقق؛ يأخذ في الحافر، أو الرسغ يكون فيهما منه صدوع، وشقَّ الحافر والرسغ أصابه شقاق، وكل شق في جلد عن داء، فهو شِقاق: وهو في مصطلح أهل اللغة يدور على عدة معاني منها:[١]

١- النصف: يقال الشق بالكسر نصف الشيء[٢] ومنه قوله تعالى: ﴿ **وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بَالِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنْفُسِ** ﴾ [٣]وأصله من الشقِّ: نصف الشيء، كأنه قد ذهب بنصف أنفسكم حتى بلغتموه، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: "اتَّقُوا النَّار ولو بِشِقِّ تمرةٍ " أي بنصف تمرة

٢- الجهة، أو الناحية[٤]: ففي حديث أم زرع (وجدنِي فِي أَهلِ غنيمةٍ بِشِقٍّ)[٥] وقال أبو عبيد هو اسم موضع أو الناحية من الجبل [٦].

٣- المشقة: شقَّ علي الأمر يشقُّ شقا ومشقَّة أي ثقلَ علي، والاسم الشقّ بالكسر، قال الأزهري، ومنه قوله -صلى الله عليه وسلم-: "لَولا أَن أَشُقَّ على أُمتِي لَأَمرتُهم بِالسواكِ عِنْد كُلِّ وضوء."[١]

---

(١)- ابن منظور: **لسان العرب** مادة (شقق) ٨/ ١١٢و١١٣

2- **مختار الصحاح**١/٢٤٠ .

3- سورة النحل آية رقم٧

4- **مختار الصحاح**١/٢٤٠ .

(٥)- رواه البخاري **كتاب النكاح**، باب حسن المعاشرة مع الأهل حديث ٥١٨٩/١٠١/٣١٨ فتح الباري دار الفكر١٤١٤/١٩٩٣

(٦)- الرازي: **مختار الصحاح** دار الفيحاء/ دار المنهل دمشق ١/٢٤١ ط/١٢٠١٠).

والمعنى لولا أن أثقل على أمتي من المشقة وهي الشدة [٢].

وقال آخرون؛ لأن كل واحد منهما يحرص على ما يشق على صاحبه ويؤذيه قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾[٣] أي فراق بينهما في الاختلاف حتى يشق أحدهما على الآخر [٤].

- الصدع، والخلاف، والعداوة :الشّق الصدع في عود، أو حائط، أو زجاجة، شقه يشقه شقا فانشق، وشققه فتشقق، والشقاق تشقق الجلد من برد أو غيره في اليدين والوجه
- وقال الأصمعي: الشقاق في اليد والرجل من بدن الإنسان، والحيوان، وفي اللسان: الشقاق غلبة العداوة والخلاف شاقَّة مشاقَّة وشقاقا خَالَفَه.
- وقال الزجاج:[٥] في قوله تعالى: ﴿ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ﴾[٦] الشقاق العداوة بين فريقين والخلاف بين اثنين سمي ذلك شقاقا؛ لأن كل فريق من فرقتي العداوة قصد شقا أي ناحية غير شق صاحبه [٧].

٤- المفارقة: شق أمره يشقه شقا فانشق، انفرق وتبدد اختلافا، وشق فلان العصا أي فارق الجماعة.

وأما قولهم شق الخوارج عصا المسلمين، فمعناه أنهم فرقوا جمعهم وكلمتهم، قال الليث: يقال انشقت عصاهما بعد التئامها إذا تفرق أمرهم [١]، وشق النبتُ يشق شقوقا وذلك في أول ما

---

(١)-. رواه احمد وصححه الألباني مصنف بن ابي شيبة كتاب **الطهارة** باب السواك.وأخرجه مالك في **الموطأ** موقوفا على ابي هريرة

(٢)- ابن منظور : **لسان العرب** مادة (شقق) (مرجع سابق)، ابن الأثير : **النهاية في غريب الأثر** للإمام الحافظ مجد الدين أبي السعادات الملقب بابن الأثير الجزء الثاني/تحقيق محمد الطناحي وطاهر أحمد /المكتبة الإسلامية الطبعة الاولى/١٣٨٣/١٩٦٣).491/2.

(٣)- سورة النساء (آية٣٥).

(٤)- الرازي :**مفاتيح الغيب**).http://tahasafeer.blogspot.com/2011/01/pdf_4159.html .

(٥)- الزجاج (48/2عالم الكتب بيروت ط/١. ١٤٠٨ه/١٩٩٨٧م.

(٦)- سورة الحج (آية٥٣).

(٧)- ابن منظور: **لسان العرب** مادة (شقق) (١٨٣/١٠)، ابن الأثير: **النهاية في غريب الأثر** (٤٩١/٢) الرازي: **مختار الصحاح** (١٤٤/١) الصابوني: **تفسير آيات الأحكام** (٤٦٤/١)، السايس: **تفسير آيات الأحكام** (١٠٠/١).

تنفطر عنه الأرض، وشق ناب الصبي يشق شقوقا في أول ما يظهر، وشق بصر الميت شقوقا شخص ونظر إلى شيء لا يرتد إليه طرفه، وهو الذي حضره الموت، وشق الصبح يشق شقا إذا طلع كأنه شق موضع طلوعه وخرج منه[٢].

والملاحظ أن الشقاق يدور حول هذه المعاني كلها، وإن أقرب هذه المعاني هو ما جاء في المعنى الرابع والخامس -الصدع، والخلاف، والعداوة، والمفارقة — لأنه يوافق المعنى الاصطلاحي كما سيتضح بإذن الله تعالى.

الشقاق اصطلاحا:

ليس للشقاق تعريف خاص في اصطلاح الفقهاء، غير أن المفسرين تناولوه بتعريفات تُقارب تعريفه في اللغة، فقد قال زيد بن أسلم: **"الشقاق: المنازعة"**[٣].

وقيل: الشقاق: المجادلة، والمخالفة، والتعادي، وأصله من الشق، وهو الجانب، فكأن كل واحد من الزوجين في شق غير شق صاحبه، وقيل إن الشقاق مأخوذ من فعل ما يشق ويصعب، فكأن كل واحد من الزوجين يحرص على ما يشق على صاحبه، فصار كل واحد منهما في شق بالعداوة والمباينة. [٤]

وهذا ما يدل على قوة الترابط بين الزوجين ومنة الله عليهما بالمودة، والرحمة، فإذا وجد الشقاق؛ ضاعت هذه المودة والرحمة، ولذلك لما كان ارتفاع أحدهما على الآخر دون صاحبه مختصا باسم النشوز، ناسب أن يخص التعدي من كل منهما باسم الشقاق؛ لأنهما تشاركا في التعدي، والتباعد، فكأن كلا منهما صار في شق، أي جانب غير جانب الآخر، وقيل: هو الاختلاف وعدم الاجتماع على رأي واحد. [٥]

---

(١)- ابن منظور :**لسان العرب** مادة (شقق) ١١١/٨).دار صادر للطباعة والنشر ط/٤. ٢٠٠٥.

(٢)- ابن منظور :**لسان العرب** مادة (شقق) (١٨٤/١٠)، ابن الأثير: **النهاية في غريب الأثر** (٤٩١/٢).

(٣)- القرطبي: **الجامع لأحكام القرآن** دارالفكر (١٤١٤/١٩٩٣. ١/ ١٣٤).

(٤)- الماوردي: **الحاوي الكبير** (٢٤٥/١٢)، حققه علي محمد عوض/عادل أحمد الموجود /دار الكتب العلمية ط/١ اى ١٤١٤/١٩٩٤.

(٥)- الحلي: **تحرير الأحكام** (٥٧٨/٣) مجموعة فقه الشيعة من القرن الثامن /مطبعة اعتماد /مؤسسة الإمام (الصادق)الطبعة الاولى١٤٢٠.

وهذا لا يوافق الشَّرع الذي طلب الإسراع في التحكيم للشقاق بين الزوجين، من أجل إزالة هذا العارض الذي قد يؤثر على سلامة هذه الأسرة.

وتدل كلمة الشقاق، على أن الزوجين التحما بالزواج وصارا شيئًا واحدًا، فأي شيء يبعد بين الاثنين يكون شقاقا[1]؛ وذلك في قوله تعالى:

﴿. ..وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً ﴾ [2].

والمشرع المغربي في مدونة الأسرة لم يُعْط تعريفا للشقاق وذلك لسببين:

الأول: أنه من أدق الأمور وأصعبها في نفس الوقت، وضع التعاريف، نظرا لما يتطلبه وضع التعاريف من الإلمام بجميع العناصر المكونة للشيء المراد التعريف به.

الثاني: أن مهمة وضع التعاريف هي من اختصاص الفقه، وليس من اختصاص المشرع، وقد حاول الأستاذ محمد الكشبور إعطاء تعريف للشقاق بقوله: "انعدام كل ما يربط عادة بين الزوجين من حب ووئام وود واحترام "[3]

وجاء في الدليل العلمي لتعريف الشقاق وتقريب مدلوله إلى الفهم واعتباره هو الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية.[4]

المطلب الثاني: مفهوم الضرر

الضرر لغة:

جاء في لسان العرب: الضر ضد النفع والضر بالضم الهزال وسوء الحال[5].

ومنه قوله عز وجل: **﴿ وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنْبِهِ أَوْ قَاعِدًا أَوْ قَائِمًا فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُ مَرَّ كَأَنْ لَمْ يَدْعُنَا إِلَىٰ ضُرٍّ مَسَّهُ ﴾**، وقال: **(كَأَنْ لَمْ يَدْعُنَاإلى ضرمسه.......)**.[1]

---

(١)- الشعراوي: **تفسير الشعراوي** (٤/٢٢٠٣).

3- النساء (آية٣٤و٣٥).

4- **شرح مدونة الأسرة**، ذ محمد الكشبور، ٢/١٠٢:، مطبعة النجاح الجديدة.

(٤)- **دليل عملي لمدونة الأسرة**، ص: ٧١ منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية سلسلة الشروح والدلائل، العدد ١ سنة ٢٠٠٤. ط:٣/فبراير ٢٠٠٧.

1- **لسان العرب**٩/٣٢ دار صادرط/٤.. ٢٠٠٥

فكل ما كان من سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضر، وما كان ضدا للنفع فهو ضر.

والضرر الضيق، ومكان ذو ضرر أي ضيق [٢]

وفي هذا الإطار روي عن النبي –صلى اللع عليه وسلم- أنه قال: (لا ضرر ولا ضرار)[٣] ولكل من اللفظين معنى غير الآخر:

فمعنى لا ضرر، أي: لا يضر الرجل آخاه، وهو ضد النفع.

وقوله: لا ضرار، أي: لا يضر كل منهما صاحبه، فالضرر منهما معا، والضرر فعل الواحد، ومعنى قوله لاضرار أي لا يدخل الضرر على الذي ضره ولكن يعفى عنه [٤] لقوله سبحانه وتعالى: ﴿**ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ**﴾[٥]

قال ابن الأثير "قوله: لاضرار: لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه، والضرار من الضر، أي لا يجازيه على ضراره بإدخال الضرر عليه، والضرر فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين، والضرر ابتداء من الفعل، والضرار الجزاء عليه، وقيل: الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع به أنت، والضرار أن تضره من غير أن تنتفع به، وقيل هما بمعنى تكرار للتأكيد.[٦]

2- سورة يونس الآية ١١.

3- ابن منظور٩/٣٣.

4- **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**٤/٢٢٨ دار الكتب العلمية ط/١ ١٩٨٩.

http://www.raqamiya.org

(٤)- **النهاية** لابن الأثير ٣/٨١.

(٥)- سورة فصلت (آية٣٣).

7- ابن الأثير٣/٨٢ تحقيق أحمد الزاوي/محمود محمد الطناحي المكتبة العلمية /دون ذكر الطبعة.

الضرر اصطلاحا:

يعرف فقهاء القانون الضرر بأنه هو: "الأذى الواقع الذي يصيب الشخص بسبب المساس بحق أو مصلحة مشروعة له) دون اشتراط أن يكون هذا الحق حقا ماليا، كحق الملكية، بل فقط مجرد مساس بحق يحميه القانون كالحق في الحياة للفرد أو سلامة جسده وحريته[1].

أما في نطاق البحث هذا، فقد أجمع العلماء على أنه لا يجوز للزوج أن يسيء إلى زوجته في المعاملة ولا أن يؤذيها بالقول وهي مبادئ قررها الإسلام، فقد قال عز وجل ﴿ **وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ، وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ، وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ**﴾

وقوله كذلك ﴿ **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[2].

لكن مع وجود الشقاق جعل الإسلام للزوج الحق في تأديب زوجته، فله ولاية تأديبها إذا خالفته و لم تطعه فيما يجب عليها طاعته شرعا.

ولكن إذا تجاوز هذا التأديب حده على نحو يسيء للزوجة ويؤذيها في المعاشرة بالقول أو بالفعل، بأن كان يضربها ضربا مبرحا، ويشتمها ويحملها على فعل غير مبرر شرعا، ففي كل هذه الأحوال يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من الزوج الذي يضر بها.

فالضرر إذن هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، وهو كل ما يتجاوز حق التأديب المباح شرعا، و لم تقدر الزوجة الصبر عليه، ويستحيل معه دوام العشرة، فإذا تضررت الزوجة من تصرفات زوجها التي تتنافى مع مقتضى الشرع وأهداف عقد الزواج، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطليق.

وقد يكون معنويا كالسب والشتم والقذف.

وقد حدد الدردير[1] مفهوم الضرر الصادر عن الزوج لزوجته فقال:

(١)- د/حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤلية المدنية ج١/١٦٧ شركة التايمز للطباعة والنشر المساهمة بغداد ١٩٩١.

(٢)- سورة البقرة (آية ٢٢٨).

"وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعا وضربها كذلك وسبها وسب أبيها بمثل ما يقع من رعاع الناس"(٢).

وبين الشيخ التسولي في البهجة أوجه الضرر بقوله: "بضرب أو شتم في غير حق

أو تجويع أو عدم كلام أو تحويل وجهه عنها في فراشه، قال مالك: وليس عندنا في قلة الضرر وكثرته شيء معروف (٣).

---

(١) هو أحمد بن أحمد بن أبي حامد العَدوي المالكي الأزهري الخَلْوَتِي، الشهير بأحمد الدردير، ولد بقرية بني عدي التي تسكنها قبيلة بني عدي القرشية في أسيوط بصعيد مصر سنة 1127 هـ 1715/م، وينتهي نسبه إلى عمر بن الخطاب . وقد تلقب بـ(الدردير)؛ لأن قبيلة من العرب نزلت ببني عدي، وكان كبيرهم رجل مبارك من أهل العلم والفضل يدعى الدردير، فلُقِّبَ الشيخ أحمد به تفاؤلا .من أشهر مؤلفاته: **شرح مختصر خليل**. الذي هو عمدة الفقه المالكي، أورد فيه خلاصة ما ذكره الأجهوري والزرقاني، واقتصر فيه على الراجح من الأقوال. أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك .متن في فقه المالكية ١١٩٣هـ، وطبع بالقاهرة عام ١٣٢١هـ ثم تعددت طبعاته بعد ذلك. فرغ من تأليفه **سنة الشرح الصغير على أقرب المسالك**. وصل فيه إلى باب الجناية ثم أكمله تلميذه الشيخ مصطفى العقباوي، وهذا الشرح هو الذي أقرَّه جميع المالكية في الفتوى، وعليه مشهور المذهب المالكي والأقوال المعتمدة فيه، واعتمده الشيوخ في تلقين المذهب للطلاب، وفي الفتاوى على مذهب الإمام مالك ، وقد طبع في بولاق بالقاهرة سنة ١٢٨١هـ ،ويكيبيديا/موقع الموسوعة الحرة/

(٢)- **الوسيط في شرح مدونة الأسرة**/١٧٢/٢ م س.

(٣)- **البهجة في شرح التحفة** ج١ باب النكاح وما يتعلق به٥٦٤/١

المبحث الثاني:

اختلاف الفقهاء حول التطليق بسبب الشقاق والضرر

من المسائل المسلم بها شرعا، أنه إذا تسرب الشقاق والبغضاء إلى بيت الزوجية، فإن من حق المتضرر أن يتحرك في الاتجاه الصحيح، عملا بالقاعدة الفقهية القائلة بأن الضرر يزال.

وقوله تعالى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾[1].

وقد اختلف الفقهاء حول اعتبار الشقاق والضرر سببا للتفريق بين الزوجين وعدم اعتباره، ويمكن تصنيف آرائهم في هذا الاتجاه إلى رأيين:

رأي يذهب إلى الأخذ بالشقاق والضرر كسبب للتفريق (المطلب الأول).

ورأي يذهب إلى خلاف ذلك (المطلب الثاني).

فما هي الأدلة التي استند إليها كل فريق وما هو الرأي الراجح والأقرب للصواب ؟

هذا ما سوف يتضح في الصفحات التالية:

المطلب الأول: الرأي الأول: الشقاق والضرر سبب للتفريق

يرى أصحاب هذا الرأي[2] أن الشقاق والضرر يجيزان التفريق بين الزوجين وإلى هذا ذهب الإمام مالك والإمام الشافعي في إحدى الروايتين عنه [3] وهو قول أهل المدينة.

استدل هذا الاتجاه بالأمور التالية:

1- سورة النساء (آية٣٥).

2- الفقه المالكي والحنبلي.

3- **المدونة الكبرى** للإمام مالك، دار الفكر لبنان، ٢/٢٥٤.

من القرآن الكريم

قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **فَابْعَثُواْ حَكَمًامن أهله** ﴾[1] حيث إن الله -سبحانه وتعالى- سمى المبعوث حكما، ومعناه خاص، والوكيل له اسم ومعنى خاص به، والوكيل لا يسمى حكما في لغة القرآن، ولا في لسان الشارع، ولا في العرف العام ولا الخاص، وأيضا فالحَكَم من له ولاية الحُكم والإلزام وليس للوكيل شيء من ذلك.

كما استدلوا بقوله سبحانه ﴿ **إِن يُرِيدَا إِصْلاَحًا يوفق الله بينهما** ﴾ فأسند إلى الحكمين الإرادة، والتي لا تسند إلى الوكيل؛ حيث إنه يردد ما يردده موكله، أما هو فلا إرادة له؛ لأن تصرفه ضمن خط مرسوم.

الأدلة من السنة

روي عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: " **لا ضرر ولا ضرار**"[2]، وكلمة ضرار الواردة في الحديث الشريف وردت في الآية الكريمة: ﴿ **وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُواْ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ** ﴾[3].

ويتضح من الدليلين، أن كلمتي "ضرر وضرار " في الآية الكريمة وفي الحديث الشريف السابقين وردتا بعد حرفي نفي ونهي، ومعلوم أن القاعدة الأصولية تقول: إن النكرة في سياق النفي أو النهي تفيد العموم، والعموم يستغرق جميع أفراده وأنواعه وهو عين المفهوم الموسع للضرر[4].

1- سورة النساء (الآية ٣٥).

2- أخرجه الإمام مالك في الموطأ، مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الأولى ١٩٩١ ١٨٤/٢ كتاب الأقضية باب القضاء في المرفق رقم ٢٨٩٥.سنن بن ماجة كتاب ال حكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره حديث رقم١٢٣٣١

3- سورة البقرة، الآية ٢٢٩ .

- (٤)http://www.taimiah.org/index.aspx?function=item&id=954&node=4661(٤)

الإستدلال من الأثر للسلف الصالح:

استدل فقهاء المالكية على التطليق حالة حصول الضرر والشقاق إلى ما جاء في الأثر عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه-، وفيه:

"جاء رجل وامرأة إلى علي -رضي الله عنه- ومع كل واحد منهما فئام من الناس، فأمرهم علي، فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، ثم قال للحكمين:

تدريان ما عليكما ؟إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا.

قالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي.

وقال الرجل، أما الفرقة فلا.

فقال علي -رضي الله عنه-: كذبت والله حتى تقر بمثل الذي أقرت به"[١]

ووجه الاستدلال بهذا الأثر، قول علي -رضي الله عنه- للحكمين: "عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا ".

واستدلوا كذلك بما روي عن عثمان بن عفان -رضي الله عنه- حين أرسل الحكمين – ابن عباس ومعاوية رضي الله عنهما – لمعالجة الوضع بين عقيل بن أبي طالب وزوجته فاطمة بنت عتبة [٢] وقال لهما عثمان: إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما[٣].

1- **أحكام القرآن** للجصاص ١٥٢/٣ تحقيق محمد صادق قمحاوي دار إحياء الثراث العربي بيروت لبنان.

2- ابن العربي، **أحكام القرآن**، ١/٤٢٤.دار الكتب العلمية الطبعة١٤٠٨/١٩٨٨

3- **تفسير القرآن العظيم** لابن كثير، ج: ٢ /١٧٩*مكتبة الصفاء ط/١، ١٤٢٥/٢٠٠٥

الاستدلال بالمعقول

إن التفريق لدى القاضي ثبت بالشرع في عدة حالات، فالقاضي إذ يرسل الحكمين إنما يستمدان سلطتهما منه؛ لأنه يملك التفريق، فإذا فرقا كان نيابة عنه[١].

والشقاق متى حصل وترتب عنه ضرر للزوجة، وهو الفعل الضار، وحصول الصلة للسبب بين الفعل الضار والضرر الناتج عن التعدي وجب إزالته.

المطلب الثاني: الرأي الثاني: الشقاق والضرر ليسا سببين للتفريق

يذهب أصحاب هذا الرأي [٢]إلى أنه لا يتم التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر.

وإلى هذا الرأي ذهب عامة الحنيفة. قال الجصاص عند تفسيره لقوله تعالى: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا**﴾[٣] الأولى أن يكون خطابا للحاكم الناظر بين الخصمين، والمانع من التعدي والظلم؛ وذلك أنه قد بين أمر الزوج وأمره بوعظها وتخويفها بالله، ثم بهجرانها في المضجع إن لم تنزجر، ثم بضربها إن قامت على نشوزها، ثم لم يجعل بعد الضرب إلا المحاكمة إلى من ينصف المظلوم منهما من الظالم ويتوجه حكمه عليهما"[٤].

وجاء في بدائع الصنائع: "فإن نفع الضرب وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليوجه إليهما حكمين، حكما من أهله وحكما من أهله"[٥].

فمن خلال هذين القولين يتضح أنه لا يلتجأ إلى التفريق في حالة الشقاق والضرر بل يرفع الأمر إلى الحاكم لينظر فيه وينهى الطرف المعتدي ويأمره بحسن العشرة والعدل وإلى هذا الرأي مال الشافعي في أحد قوليه[١] وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه[٢].

4- **أحكام التفريق بين الزوجين** للدكتور عيسى عبود (الملتقى الفقهي).

http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=5014

1- **الفقه الحنفي والشافعي** ابن حزم الظاهري: (أن الحكمين شاهدان ينهيان إلى الحاكم ما وقفا عليه من أمر الزوجين ليأخذ الحق مما هو قبله.....) المحلى٨/٢٤٥ المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع بيروت.

2- سورة النساء الآية (٣٥).

(٤)- الجصاص، **أحكام القرآن**، تحقيق محمد صادق قمحاوي/٣ /١٥٠دار إحياء الثرات العربي بيروت لبنان ١٩٩٢

(٥)- الكساني **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية بيروت ط ١٩٨٦، ٢/٣٤٤،.

وهذا الاتجاه لتأكيد وجهة نظره، اعتمد على الأثر السالف ذكره ضمن أدلة أصحاب الرأي الأول، عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- وقوله للحكمين: "أتدريان ما عليكما ؟ إذا رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا"

ووجه الاستدلال بهذا الأثر يكمن فيما يلي:

إن عليا -رضي الله عنه- أمر ببعث حكمين من أهل الزوجين وهما حاضران، وهذا الأمر يعتبر خطابا للزوجين أو من يتكلم باسميهما، وذلك بأن يوكلا حكمين، والوكيل لا يستقل بالتفريق إلا إذا فوض إليه ذلك، وبدون ذلك لا يملك الحكم بالتفريق.

الترجيح

ومن خلال أدلة كل من الفريقين، يتضح أن الرأي الذي يأخذ بالشقاق والضرر كسبب للتفريق هو الراجح والأقرب للصواب، لقوة الأدلة التي اعتمد عليها، وكذلك لكون قواعد رفع الضرر ونفي الحرج في الشريعة تؤيد هذه الأدلة.

ثم إنه ليس من المعقول أن تستمر رابطة يسود فيها التزاع والضرر الشديدان؛ لأن ذلك يتنافى مع الفلسفة التي تقوم عليها العشرة الزوجية من وئام ومودة وانسجام وتعاطف.

وبعد أن تبين موقف الفقهاء سواء المؤيدون والمخالفون لمدى سلطة الحكمين من التطليق للشقاق والضرر، فإن السؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح يتعلق بماهية الشقاق والضرر المبررين للتفريق وما هي نوعيتهما.

---

(١)- جاء في **كتاب الأم**: "وذلك أن الله -عز وجل- إنما ذكر أنهما: "إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا" ولم يذكر تفريقا. الإمام الشافعي الأم مختصر ٥/ ٢٠٨. ١٤١٠/١٩٩٠م د.ط

6- **المغني والشرح الكبير** لابن قدامة ٨/ ١٦٨.م س

المبحث الثالث:

طبيعة الشقاق والضرر المبررين للتفريق

إذا كان المعنى الاصطلاحي للشقاق والضرر، يراد به نوع خاص، له أثره البالغ، فإن ذلك يعني بكيفية أو بأخرى، أنه يتطلب الأمر لكي يعتد بهما كسبب للتفريق، أن تتوافر فيهما جملة من الخصائص والشروط.

وعليه سيتم من خلال هذا المبحث الوقوف على طبيعة الشقاق والضرر المبررين للتفريق، ومميزاته، والخصائص التي يتسم بها، وذلك في مطلب أول، على أن يتم بعد ذلك الحديث عن الضرر المبرر للتفريق، مع وضع تقسيم أنواع الضرر، ثم يختم هذا المبحث باستعراض الشروط اللازم توفرها في الضرر المجيز للتفريق في مطلب ثان.

المطلب الأول: الشقاق المبرر للتفريق

إن الشقاق المقصود والذي يبرر التفريق لا ينتج عن مجرد اختلاف وجهة نظر الزوجين، بل هو نوع خاص، فما هي طبيعة هذا الشقاق (الفقرة الأولى) وما هي مميزاته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: طبيعة الشقاق المبرر للتفريق

من المعلوم أن العلاقة الزوجية نادرا ما تسلم من الخلافات، وكثير منها ما تكون نتيجة تباين آراء الزوجين تجاه مسألة معينة، [1]وهذه الخلافات اليسيرة، لا تندرج ضمن الشقاق الذي يعطي لأحدهما حق اللجوء إلى القضاء، لطلب التطليق، وإنما لابد أن يصل هذا الشقاق في شدة طبيعته وحدته إلى درجة يستحيل معها الاستمرار في المعاشرة الزوجية[2].

لذلك يلاحظ دقة التعبير في النص القرآني "شقاق بينهما" كأن الخلاف بلغ الذروة حتى أن كلا من الزوجين ليجتهد في فعل ما يشق على الآخر، وينغص عليه.

وهذه الحالة هي التي لا ينفع مع أصحابها التذكير، ولا تداويها المواعظ، ولا يحسمها إلا عزيمة ماضية وقوة شرعية تطفئ لهيبها، وتحد من استمرارها، ولذلك اختار جمهور العلماء اعتبار

١- وهكذا رفضت المحكمة الابتدائية با لعيون طلب التطليق للشقاق المقدم من طرف الزوجة لكونها استندت إلى أسباب واهية (حكم عدد٨٣٢/٠٥ في الملف٤١١/٠٥ منشور بمجلة محاكمة عدد١/٢٠٥ وما يليها.

2- محمد بفقير **مدونة الأسرة والعمل القضائي**٩٦/١ مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ط/٢٠١١/٢

الحكمين قاضيين فاصلين يملكان سلطة الجمع والتفريق؛ لأن استدعاءهما إنما يتم عند استفحال الشر وتفاقم الخلاف[١]

جاء في مواهب الجليل: "إذا اختلف الزوجان وخرجا إلى ما لا يحل من المشاتمة والوثوب، كان على السلطان أن يبعث حكمين"[٢]

وجاء في المغنى: "وإن تمادى الشر بينهما وضيق الشقاق عليهما والعصيان، بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها فينظران بينهما ما يريان من جمع أو تفريق لقوله تعالى: "وان خفتم شقاق بينهما"[٣]

ومن خلال هذه الأقوال يتضح أن أحوال الشقاق التي تستدعي المعالجة تدور حول المشاتمة وتجاوز الحد في الشقاق، فما هي مميزات هذا الشقاق.

الفقرة الثانية: مميزات خصائص الشقاق المبرر للتفريق

إن الشقاق المبرر للتفريق يتميز بخصائص ومميزات تتمثل في الآتي:

أ. إنه مما يتحرز منه ولا تظهر أسبابه قهرا، أي أنه لا يتولد من مجرد اختلاف وجهة النظر، التي هي من مستلزمات العقل البشري.

ب. كما أن الشقاق يكون بصفة قوية يشق على النفس تحمله ولا يستطاع معه دوام العشرة.

ت. أن يكون الشقاق قائما، فما إن تخمد نار الفتنة فيه، إلا وسرعان ما تتجدد [٤].

ث. وفي كل ذلك يتردى الحال وتضعف العلاقة بين الزوجين ويتولد الفساد.

ج. أما لو حدث –ولو بصفة تلفت النظر– مرة مثلا ثم فور وقوعه يتداركه محبو الإصلاح فتخمد الفتنة، وتصفو الأجواء، فلا حديث لنا في مثل هذا الخلاف الطارئ الزائل.

ح. والشريعة الإسلامية لا تحرص على إصدار هذه الأحكام إلا في الحالات المستعصية التي لا تنجح معها المعالجة اللينة والحلول الإيجابية الخفيفة.[٥]

كما أورد ابن القيم الجوزية مثالا عن الشقاق بحديث ضرب ثابت بن قيس زوجته.[١]

(١)– محمد عبد الرحمان **شميلة أضواء على شقاق الزوجين**، مكتبة الطالب الجامعي مكة المكرمة الطبعة الأولى ١٩٨٦ ١/ ٢٥.

(٢)– الحطاب: **مواهب الجليل** وبهامشه التاج والإكليل للمواق دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء الطبعة الثالثة ١٩٩٢ ٤/١٦.

3– ابن قدامة **المغني**١٠/٢٦٤ دار عالم الكتب للطباعة والنشر الرياض تحقيق الدكتورين عبد المحسن التركي وعبدالفتاح محمد لحلو.

4– وهكذا استجاب القضاء لطلب التطليق للشقاق لكون النزاع بين الزوجين يعود لعشر سنوات ولكون العلاقة العاطفية اضحت منعدمة(حكم صادر عن المحكمة الابتدائية با لعيون بتاريخ١٠/١٠/ تحت٢٠٠٥/٠٦ في الملف عدد٣١٩/٢٠٠٦

(٥)– أحمد حسن طه مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء الصفحة ١/٩٥/.

المطلب الثاني: الضرر المبرر للتفريق

جاء في المادة ٥٦ من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة: "إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، وثبت ما ادعته، وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه".

فهذه المادة كما يتضح لم تبين نوع الضرر المبرر لتطليق ما، وإن كان هذا المفهوم العام للضرر الذي قررته المدونة، اقتبسته من المذهب المالكي الذي يعتبر أكثر المذاهب الفقهية توسعا في مفهوم الضرر الذي يخول المرأة حق طلب التطليق.

قال الدردير: "هو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها نحو "يا بنت الكلب.... يا بنت الكافر.... يا بنت الملعون " كما يقع كثيرا من رعاع الناس ويُؤَدَّب الزوج على ذلك زيادة على التطليق[٢].

وفي الخراشي[٣]: "إذا ثبت بالبينة عند القاضي أن الزوج يضار زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة، فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار، فإن شاءت أقامت على هذه الحالة وإن شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بائنة، لخبر: لا ضرر ولا ضرار".[٤]

ومن الضرر كذلك قطع كلامه وتحويل وجهه عنها[٥].

أما مدونة الأسرة فقد حددت المادة ٩٩ معنى الضرر المبرر للتفريق

---

(١)- انظر: **زاد المعاد**، ابن القيم الجوزية مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية ١٩٨١. ٥/ ١٨٩.

(٢)- الدرير ٢/ ٣٤٥م.س.

-(٣) الخراشي الإمام الشيخ أبو عبد الله محمد بن جمال الدين عبد الله بن علي الخراشي المالكي (1010 هـ–1601 م- (1101 هـ–1690) م (أول إمام للجامع الأزهر الشريف وأحد كبار العلماء المسلمين. كان الشيخ واسع العلم متنوع الثقافة، وخاصة في تفسير القرآن الكريم، وفي الفقه على مذهب الإمام مالك بن أنس ، لذا ترك مكتبة عربية وإسلامية ثرية بمؤلفاته التي امتلأت باللآلئ والجواهر، قلما يوجد لها مثيل، ومن كتبه:

*__رسالة في البسملة__، وهو شرح لهذه الآية الكريمة.

*__الشرح الكبير على متن خليل__، في فقه المالكية، في ثمانية مجلدات.

*............الخ.موقع،ويكبيديا /الموسوعة الحرة

-(٤) التعليق على المدونة١/٣٥٨م س

(٥)- التعليق ٢/ ٣٦٣ م.**س.**

وقد جاء في هذه المادة ما يلي: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق.

يعتبر ضررا مبررا لطلب التطليق كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة بحق الزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية".

فمن خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع اعتبر أن الضرر المبرر للتطليق هو أحد أمرين:

أ. إخلال الزوج بأحد الشروط المضمنة في عقد الزواج، ذلك أن مشرع مدونة الأسرة الجديدة أعطى للشروط الاتفاقية في عقد الزواج قوة ملزمة، وقيد ذلك فقط بألا تخالف هذه الشروط القواعد العامة للقانون ذات الصلة بالنظام العام، طبقا لما نصت عليه المادة ٤٧ من مدونة الأسرة.[١]

فالزوجة قد ترى عند إبرام عقد الزواج في بعض الأمور ضررا، كإسكانها في البادية أو حرمانها من حقها في التعليم إلى غير ذلك، فتشترط على زوجها شروطا تخص هذه المسائل، ويكون إخلاله بها ضررا حكميا مناطه الإخلال بالضوابط العقدية.

ب. وموازاة مع الضرر الحكمي المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٩٩ من مدونة الأسرة -وهو ضرر يجد حكمه في القواعد العامة للقانون- التي توجب عدم الإضرار بالغير، ويعني الضرر في حكم هذه المادة كل تصرف أو سلوك مشين من الزوج أو إخلال منه بالأخلاق الحميدة على نحو يسيء للزوجة ماديا أو معنويا، ويجعل من المتعذر استمرار العلاقة الزوجية.[٢]

1- الفقرة لأولى منالمادة ٩٩ من **مدونة الأسرة**.

2-وهكذا قررت المحكمة الابتدائية بالجديدة اعتبار قيام الزوج بالسرقة والحكم عليه بعقوبة حبسية نافدة بمثابة سلوك مشين ومخل بالأخلاق الحميدة من شأنه إلحاق إساءة مادية ومعنوية بالمدعية تجعلها غير قادرة في الاستمرار في العلاقة الزوجية (حكم عدد٢٢٤ بتاريخ١٩/٠٣/٢٠٠٧/ملف عدد٢/٨٢٩/٢٠٠٦

شروط الضرر المبرر للتطليق

تنحصر هذه الشروط في الواقع في تعذر استمرار العشرة وفق ما يتطلبه الشرع والقانون، وإن كانت بعض الأحكام القضائية أضافت شروطا أخرى، وعليه سيتم الكلام عن تعذر استمرار العشرة الزوجية ثم عن الشروط التي أضافتها بعض الأحكام القضائية.

- تعذر استمرار العشرة الزوجية.

في الواقع لا يوجد زواج لا يتضرر فيه الزوجان بعضهما من بعض، فالسنوات الطويلة التي يمضيها الزوجان جنبا إلى جنب، لابد أن تتخللها إساءة من أحدهما وهفوات من الآخر، لذلك فإن الضرر والهفوات المألوفة بين أغلبية الأزواج لا تكون سببا مبررا للتطليق، وإنما الضرر الذي يخول الزوجة طلب التطليق، هو الضرر غير العادي الذي يكون سلوكا شاذا من جانب الزوج.

(إن من شروط الضرر المبرر للتطليق، أن يكون صادرا عن الزوج، أما الضرر الذي لابد له فيه، فلا تفصم به العلاقة الزوجية، طالما أنه لم يصدر عنه ما يسيء للزوجة من ضرب أو أذى.

(كراهية الزوجة زوجها والتنافر بينهما والاختلاف الحاد في التفكير والميول بينهما لا يعتبر مسوغا للاستجابة لطلب التطليق)[1]

١- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ ٢٠٠٠/١٠/١٨ تحت عدد٩٧٦ في الملف عدد٩٥/٢/٢/٦٣٥ منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد٥٨/٥٧/وما يليها.

ويعتمد في استخلاص تعذر استمرار العلاقة الزوجية على عدة عناصر:

أولا: النصوص المنظمة لحقوق وواجبات الزوجين ولعلاقتهما عموما وتشمل القرآن في قوله تعالى: ﴿.. **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[1]، ﴿ **فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾[2]، **وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾ [3]، ﴿ **وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لَّتَعْتَدُواْ** ﴾[4]، ﴿ **وَلاَ تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ** ﴾[5].

والسنة ما ورد من النصوص التي تستوصي بالنساء خيرا.

وأخيرا النصوص التشريعية وقد تمت الإشارة إليها في الفقرة السابقة.

ثانيا: الوسط الاجتماعي، وما سار عليه العرف والتقاليد في تطبيق تلك النصوص، ولكن هذه التقاليد لا ينبغي أن تكون متعارضة مع أحكام شرع الله.[6]

ثالثا: الوضعية الاجتماعية للزوجين: وسائر ظروفهما الخاصة التي لها تأثير على تكييف علاقاتهما، وتحديد أساليب تعاملهما، كالمستوى التربوي والسن، والحالة الاقتصادية، وغيرها من الظروف الخاصة، التي تؤثر على تكييف سلوك الزوج إزاء زوجته.

رابعا: الظروف الشخصية للزوجة: فالضرر المبرر للطلاق بالرغم من الاعتداد فيه بالعرف والوسط الاجتماعي، وبالحقوق والالتزامات العامة للعلاقة الزوجية، لا يهمل فيه الجانب الشخصي للزوجة؛ لأنها هي التي يراد دفع الضرر عنها بالطلاق، لذا يتعين عند تقدير جسامة الضرر أخذه بعين الاعتبار.

---

(١)- سورة النساء (الآية١٨).

(٢)- سورة البقرة (الآية٢٢٨).

4- سورةالبقرة (الآية٢٢٧).

(٤)- سورة البقرة (الآية٢٣٠).

(٥)- سورة الطلاق (الآية٥).

7- أحمد الخمليشي التعليق على المدونة١/٣٦٠.م س.

خامسا: تجدد الضرر وانتفاؤه: إن تطليق المرأة على الرجل وجد أساسا لرفع الضرر ووضع حد له، حتى لا يستمر في المستقبل، ولم يشرع كجزاء أو تكفير عن ضرر انتهى وذهب وانقضى، ولكن لانتهاء الضرر وانقضائه مدلول خاص، لا يرتبط بالوقائع المادية للإيذاء الصادر من الزوج وإنما يرتبط بمدى تأثيره على طمأنينة الزوجة في حياتها الزوجية المقبلة[١].

وهذا التأثير قد يتجدد بتجدد الضرر الذي يستخلصه القاضي من إصرار الزوج على عدم انتهائه، أو من وقائع القضية التي ترجح استمرار الزوج في سلوكه في المستقبل.

- **الشروط التي أضافها العمل القضائي**

يتعلق الأمر بتكرر الضرر وعدم اتصال الزوجين بعد حدوث الضرر، وإثبات عدم مشروعية سبب الضرر:

الشرط الأول – تكرر الضرر:

إن الاجتهاد القضائي دأب على وجوب تكرار الضرر لقبول دعوى التطليق للضرر وفي هذا الصدد جاء في حكم استئنافي أصدره قسم استئناف الأحوال الشخصية بالدار البيضاء [٢]: "إن دعوى الضرر لا تجاب إليها المدعية في أول دعوى حتى يتكرر ذلك كما نص عليه في شرح البهجة" :إن ضربها ضربا خفيفا لغير الأدب لا قيام لها حتى يتكرر ذلك من فعله مرارا."وقد شج،عبدالله بن عمر زوجه صفية،فلا تكون الشهادة بالضرر أو بالضرب حتى يقول الشهود،أنه ضربها في غير ذنب تستوجبه[٣]

وفي اجتهاد قضائي آخر للمجلس الأعلى: "أن المحكمة قدرت موجب الضرر لما لها من سلطة تقدير قيمة الحجج، وطبقت عليه مقتضيات القواعد الفقهية تطبيقا صحيحا وليس بأوراق الملف ما يدل على تكرر الضرر".[٤]

(١)- (الضرر المتكرر للزوجة من طرف الزوج ولو كان غير مبرح يشكل ضررا يخول للزوجة طلب التطليق) قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ٢٠٠١/٠١/٢٤ تحت عدد ٨٨ في الملف الشرعي عدد٠١/٤٩٧ منشور بمجلة القضاء والقانون عدد١٤٥ صفحة ١٥٠ وما يليها.

(٢)- قرار عدد ١٩٧٤/٤/١١.

(3)-**البهجة** في شرح التحفة باب النكاح ومايتعلق به،فصل في إثبات الضرر والقيامبه وبعث الحكمين١/٥٦٣

(٤)- قرار عدد ٧٥/١٤٧ للمجلس الأعلى بتاريخ ١٩٧٥/٠٦/١٦.

ترى ما هو موقف المذهب المالكي من هذا الشرط؟

كما سبقت الإشارة إلى ذلك في موضع سابق أن المشهور في المذهب المالكي: أنه يعطي للزوجة الخيار في حال حدوث الضرر مرة واحدة، فإن شاءت استمرت في العلاقة الزوجية، وإن شاءت طلقت نفسها.

جاء في الخرشي: "إذا ثبت بالبينة عند القاضي أن الزوج يضار بزوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة، فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار، فإن شاءت أقامت على هذه الحالة وإن شاءت طلقت نفسها[(١)].

ويعلق العدوي في حاشيته على الخرشي بأن الرأي المقابل هو أنه: "ليس لها ذلك حتى تشهد البينة بتكرره "[(٢)].

أما الزرقاني[(٣)] فقد علق على قول الشيخ خليل: (ولها التطليق بالضرر البين ولو لم تشهد البينة بتكرره: "بل شهدت بأنه حصل منه لها مرة واحدة [(٤)]، والذي يستخلص من هذه النقول، أن الرأي المشهور في المذهب المالكي يكتفي بحدوث الضرر مرة واحدة، والرأي الآخر غير المشهور يشترط التكرار، يضاف إلى ذلك ما يقوله التسولي[(٥)] من شرط الاستمرارية وعدم الانقطاع.

---

(١)- التعليق على لمدونة٢/٣٦٣ م س.

(٢)- التعليق على مدونة الأحوال الشخصية ٢/٣٦٤ م س.

(٣) الزرقاني: أبو عبد الله محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن شهاب الدين بن محمد الزرقاني ، الفقيه المالكي الأصولي، ولد بالقاهرة. نسبته إلى زُرْقان وهي قرية من قرى منوف بمحافظة المنوفية بمصر. له عدة مصنفات، منها: **شرح المواهب اللدنية** للقسطلاني، وهو مطبوع، وله أيضاً: **مختصر المقاصد الحسنة** للسَّخاوي؛ شرح موطأ الإمام مالك وغيرها. توفي بالقاهرة

(٤)- التعليق على المدونة363/2م س.

(٥) التسولي: علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التسولي: فقيه، من علماء المالكية، تسوليّ الأصل والمولد. يلقب «مديدش» نشأ بفاس وولي القضاء بها، ثم بتطوان وغيرا. وتوفي بفاس. له «شرح مختصر الشيخ بهرام» في الفقه و «البهجة – ط» شرح لتحفة الحكام لابن عاصم، مجلدان، و «شرح الشامل» في عدة مجلدات، و «حاشية على شرح التاودي للامية الزقاق – ط» فقه، و «وثائق الزياتي» جمعها ورتبها. و «النوازل – خ» مجلد منه، في خزانة الرباط (٨٨٢ د) و «جواب على سؤال لعبد القادر الجزائري – خ» ٣٣ ورقة في خزانة الرباط. وله فتاوى وتقاييد

موقع ويكيبيديا/ الموسوعة الحرة/

فما تمت الإشارة إليه في الحكمين السالفين ليس هو الرأي المشهور، كما أنه ليس رأي صاحب البهجة، وإن أشار إليه الحكم الاستئنافي.

وعلى أي فإن هذا ليس إلا أثرا من آثار الإحالة على الراجح والمشهور وما جرى به العمل، فضبط هذه المصطلحات -كما يقول الأستاذ الخمليشي-[١] أمر يتعذر في كثير من الأحيان، فالتسولي ينفرد برأي، ومع ذلك يقتصر عليه، دون أن يشير إطلاقا إلى أي رأي آخر.

وقد أشار الدكتور إدريس الفاخوري[٢] إلى أنه: "لم يعد هناك أي مبرر في تكريس بعض الاجتهادات القضائية في ظل النصوص السابقة للحيلولة دون الاستجابة لدعوى الزوجة لطلب التطليق للضرر، كاشتراط تكرار الضرر وأن يكون الضرر مازال مستمرا وغير منقطع وإثبات عدم مشروعية سبب الضرر" وأشار إلى الاجتهادات القضائية السابقة التي تمت الإشارة إليها سابقا، كاجتهاد استئنافية البيضاء وقرار مجلس الأعلى السابق[٣].

ويبدو أن الاجتهاد القضائي السابق، ربما تكرس في ظل مدونة الأحوال الشخصية، لكن في ظل مدونة الأسرة، فالاجتهاد القضائي قد يأخذ منحى آخر، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بفاس، حيث استجابت لطلب التطليق بمجرد أن اعتدى الزوج بالضرب على زوجته، معللة ذلك بأن عقد الزواج يقوم على الاحترام المتبادل بين الزوجين، مما يكون معه الطلب مؤسسا على حق وتعين الاستجابة له[٤].

---

(١)- الخمليشي التعليق على مدونة الأحوال الشخصية 363/2.

الخمليشي: استاذ جامعي بكلية الحقوق با الرباط تقلد عدة ماصب وآخرها مدير مدرسة دار الحديث الحسنية له عدة مؤلفات من بينها :وجهة نظر .التعليق على مدونة الأحوال الشخصية ومصنفات اخرى في الميدان الجنائي.من موقع دار الحديث الحسنية.

(٢) ادريس الفاخوري:استاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة جامعة محمد الاول.

(٣)- إدريس الفخور انحلال الرابطة الزوجية في ظل مدونة الأسرة /156/2.ردمك للطباعة والنشر ط٢٠١٢ الرباط

(٤)- حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بفاس رقم ٢٩١٧ ملف رقم ٠٤/٠٢/٢٧٥٢ بتاريخ ٠٥/٠٦/١٦.

الشرط الثاني– عدم اتصال الزوجين:

ذلك أن الزوجة إذا رفعت دعوى التطليق للضرر، ثم أثناء سريان الدعوى مكنته من نفسها، فإنها تسقط حقها في التقاضي بشأن هذه الدعوى.

وفي هذا الإطار يقول التسولي: "فإن ادعى الزوج أنها مكنته من نفسها بعد قيامها بالضرر، وصدقته، سقط حقها –كانت جاهلة أو عالمة– فإن ادعت الجهل لم تعذر، ويضيف: "ويترل مترلة التصديق ثبوت الخلوة بينهما برضاها بعد القيام؛ لأن القول لمدعي الوطء فيها"[(١)].

وهذا الشرط أشار إليه كذلك العلمي[(٢)] في نوازله؛ حيث قال "فائدة: مسائل لا يعذر بالجهل منها... من أثبتت أن زوجها يضرها، فتلوم له الحاكم، ثم أحضره ليطلق عليه، فادعى أنه وطأها، سقط حقها ولو ادعت الجهل بالحكم"[(٣)].

إن ما أشار إليه التسولي والعلمي، ربما قياسا على حالات نص فيها الفقه المالكي على سقوط حق المرأة باتصالها الاختياري بزوجها أو بالدخول، مثل حالات تمليك الطلاق والتخيير فيه، وطلب الفسخ للاطلاع على العيب.

فلو أن هذا الأمر استقل في المذهب المالكي، لتناوله كل من تعرض للتطليق بالضرر مثل ما هو واقع للتمليك والتخيير في الطلاق، وذلك نظرا لأهمية الشرط في الحياة العملية؛ حيث يتعين على كل امرأة تشتكي من ضرر زوجها بها، أن تغادر بيت الزوجية حتى يمكنها أن تطالب بالتطليق.

---

(١)– **شرح البهجة** ج ١ ص ١٠٢م.س

(٢) العلمي :علي بن عيسى العلمي الشفشاوني (ت١١٢٧هـ) قاضي الشاون و ابن قاضيها، و صاحب "نوازل العلمي"، التي طبعتها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب. النوازل المشهورة التي جمعها تلميذه قاضي تطوان سيدي المامون أفيلال الحسني. وغير هؤلاء كثيرموقع.مكتبة المصطفى الإليكترونيا

(٣)– **نوازل العلمي**/مخطوط/مكتبة جامعة الملك سعود قسم المخطوطات /الصفحة ٧و٨ مخطوط بخط مغربي والناسخ هو محمد بن محمد بن قدور الفلالي رقمه١/١٣٢٩/٧٣٠٩

إن الأخذ بهذا الشرط المنصوص عليه في شرح التسولي، له نتائج سلبية، أهمها أنه يتعين على المرأة أن تغادر بيت الزوجية فور وقوع الضرر، الذي هو أساس بناء دعوى التطليق. وبهذا نضيف إليها ضررا آخر وهو حرمانها من أبنائها والنفقة عليها.

الفصل الثاني: إثبات الضرر

إذا كانت الغاية من الإثبات تبيان وقوع فعل معين ونسبته إلى شخص محدد، فإن إثبات الضرر إجراء جوهري لقبول طلب التفريق للضرر، ويثبت الضرر بواحد من الأمرين:

أ. الشهادة القطعية: ممن له مجاورة ومخالطة للزوجين أو قرابة أو مصاهرة واطلاع على الأحوال.[1]

ب. شهادة سماع شائعة، وقد عرفها ابن عرفة بأنها: "لقب لما يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين"[2].

وفي هذا الإطار يقول ابن عاصم الأندلسي: "ويثبت الإضرار بالشهود، وبسماع ذاع في الوجود"[3]

[4]وتعتبر شهادة السماع من أهم الوسائل المعتمدة في إثبات الضرر، جاء في كتاب البهجة في شرح التحفة: "... ومعناه أن ضرر أحد الزوجين للآخر يثبت بأحد أمرين: إما شهادة عدلين فأكثر بمعاينتهم إياه لمجاورتهم للزوجين، أو لقرابتهم منهما ونحو ذلك، وإما بالسماع الفاشي المستفيض"[5].

---

(١)- الغازي الحسيني، **التدريب على تحرير الوثائق العدلية**-وثيقة وشرح- مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الثانية ١٩٩٥، ١/ ٩٣.

(٢)- الرصاع التونسي، **شرح حدود ابن عرفة**، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة الأولى ١٩٩٣، ٥٩٣/٢

3- **شرح التحفة** ٣٧٤/١ م س.

(٤)- (إضرار أحد الزوجين بالآخر يثبت بشهادة السماع، دون أن يبين الشهود اسم المسموع منه، قال الشيخ التسولي:/ وشرط استفاضة بحيث لا/. يحصر من عنده السماع نقلا. الاستفاضة هي أن يكون المنقول عنه غير معين ولامحصور /قرار صادر عن المجلس الأعلى للقضاء بتاريخ٢٠٠١/١٢/٠٤ تحت عدد٨٧ في الملف الشرعي عدد٩٩/٢٣ منشور بكتاب قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار من سنة ١٩٥٧ إلى سنة٢٠٠٠

(٥)- التسولي، **البهجة في شرح التحفة**، ٣٠٢/١.

وقال ابن الهندي: "ويثبت الضرر بوجهين: بالشهادة القاطعة وبالسماع المستفيض"[1].

وإذا كانت شهادة السماع تكتسب هذه القوة الإثباتية، فما هي مراتبها ؟

وما هي الشروط الضرورية لصحتها ؟ ثم نتساءل عن كيفية التعويض في حالة إثبات الضرر

وعليه سنقف على مراتب هذه الشهادة في المبحث الأول، ثم في المبحث الثاني سيتم التطرق للشروط الضرورية لصحتها، وفي المبحث الثالث سنتعرض للتعويض عن الضرر في حالة ثبوت مسئولية أحد الزوجين عنه.

(١)- ابن معجوز، **وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي**، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى ١٩٨٤ ١/٧١.

المبحث الأول: مراتب شهادة السماع وشروطها

المطلب الأول: مراتب شهادة السماع

إن السماع الذي يستند إليه الشاهد في شهادته يتدرج بحسب ما يفيده إلى ثلاث مراتب:

أ. **المرتبة الأولى:** تفيد علما ناجزا مقطوعا به، وهي المعبر عنها بالتواتر، كالسماع بأن مكة موجودة.

والتواتر طريق من الطرق التي تفيد العلم اليقيني الذي يستند إليه الشاهد في شهادته[١].

والشهادة به تكون على القطع.

والسماع المتواتر إنما هو مستندها، وهذا السماع في المرتبة الأولى لا تحتاج الشهادة به إلى الاستفسار؛ لأنها أقوى من شهادة العدلين التي تفيد الظن ومع هذا لا تستفسر[٢].

ب. **المرتبة الثانية:** تفيد ظنا قويا وهي المعبر عنه الاستفاضة، وهي الاشتهار الذي يتحدث به الناس ويفيض بينهم، فيرتفع من درجة خبر الآحاد ولا يصل إلى درجة التواتر، وهذه المرتبة تفيد ظنا يقرب من العلم اليقيني، وذلك كأن يشتهر بين الناس أن فلانا فاسق أو صالح، ولا يجوز للشاهد أن يستند إلى هذه الاستفاضة ويشهد بما علمه عن طريقها.

ت. **المرتبة الثالثة:** تفيد ظنا قويا دون الظن المذكور شهادة السماع، وهي التي دون المرتبتين، بحيث يشتهر الخبر بين أفراد ثقات وغيرهم، ولكن لا يبلغون درجة الاستفاضة، فيسمع الشاهد منهم الخبر ولا يحصل له به علم ولا ظن قوي، ويستند الشاهد إلى هذا الظن الضعيف ويشهد به[٣].

---

(1)- الغازي الحسيني، **التدريب على تحرير الوثائق العدلية**-وثيقة وشرح-مطبعة الأمنية١/ ٩٣.

(٢)- **الموسوعة الفقهية الكويتية** ٢٣٢/٢٦ م س

(٣)- **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام** ٢٩٤/١ دار عالم الكتب الرياض طبعة خاصة.

وهي التي قيل في تعريفها: "إنها لقب لما يصرح به الشاهد باستناد شهادته لسماع من غير معين"(١)

هذه أنواع ومراتب الشهادة السماعية، لكن ما هي الشروط التي ينبغي توفرها من أجل قبولها؟

المطلب الثاني: شروط شهادة السماع

يشترط في شهادة السماع خمسة شروط، تتمثل في الآتي:

أ. أن يشهد عدلان بالسماع فأكثر، بأن يقول عدلان أو أكثر لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم كذا، فإن شهد عدل واحد بأنه يسمع كذا، فإن شهادته لا تقبل.

ب. أن يكون الشاهدان بالسماع ذكرين، فلا تقبل شهادة سماع النساء.

ت. أن يقولا عند الأداء: سمعنا، أو لا نزال نسمع من الثقات وغيرهم كذا... من غير أن يعينوا من سمعوا منه؛ لأنهم إن قالوا سمعنا من فلان فإنها تصبح شهادة نقل يجب أن تتوفر فيها شروط شهادة النقل، ولا بد أن يكون الشاهدان قد سمعا ما سيشهدان به من العدول ومن غيرهم.

ث. أن لا تكون في شهادة السماع ريبة، فإن وجدت فيها ريبة لم تقبل.

ج. أن يحلف المشهود له بشهادة السماع(٢) وذلك لأن شهادة السماع ضعيفة، فوجب أن يحلف معها المشهود بشهادة السماع(٣).

4- **الموسوعة الفقهية الكويتية** ٢٣٢/٢٦ م س.

(٢)- جاء في **حاشية الدسوقي** عند شرحه للبينة: "وهي هنا رجلان لا رجل وامرأتان ولا أحدهما مع اليمين "الدسوقي" حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د.ت. ٣٤٥/٢.

(٣)- **الموسوعة الفقهية الكويتية** ٢٣٤/٢٦ مس.

المبحث الثاني:

التعويض عن الضرر في التطليق للشقاق

إن ما يميز حالة التطليق بسبب الشقاق عن أسباب الطلاق الأخرى، هو أحقية الجهة المتضررة من إنهاء الرابطة الزوجية في التعويض عن الضرر الذي لحقه شخصيا من جراء فك الرابطة الأسرية، طبقا لما تؤكده نصوص مدونة الأسرة في هذا الصدد: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك بمحضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد ٨٣.٨٤.٨٥. مراعية كلا من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسئول لفائدة الزوج الآخر".

وقد أثارت مسألة المتعة، والتعويض عن الضرر اللاحق بأحد الزوجين جدلا في الوسط الحقوقي المغربي، خاصة بعد صدور أحكام عن المجلس الأعلى للقضاء، تقضي بحرمان المطلقة من المتعة، إذا كانت هي التي تقدمت بطلب التطليق للشقاق.

ويمكن أن نصنف هذه الآراء في اتجاهين:

الاتجاه الأول: وقد جسده الأستاذ إدريس بن المحجوب[١]، من خلال كتابه مستجدات مدونة الأسرة وتطبيقاتها: يرى أن المتعة هو تعويض للمرأة عن وحشة الفرقة التي تصيب الزوجة، وجبرا لخاطرها، وبالتالي كيف يمكن تمتيعها عن فعل سعت إليه[٢].

-(١) ادريس بن المحجوب: الرئيس الاول ل حكمة الاستيناف با لرباط له عدة مقالات في مختلف المنابر القانونية وله كتاب تحت عنوان مستجدات مدونة الأسرة وتطبيقاتها.مجلة الإستئناف التي تصدرها هيئة الدارالبيضاء /الغلاف

-(٢) إدريس بلمحجوب الرئيس الأول لمحكمة الإستيناف با لرباط مستجدات مدونة الأسرة وتطبيقاتها العملية١/١١١ المطبعة الأمنية الرباط ط/١/٢٠١٠.

ويضيف: "إن قواعد الإنصاف تقضي ألا يتم تمتيع هاته الزوجة المتسببة في هذا التطليق والمتعسفة فيه".

يقول ابن جزي[١] م في قوانينه: "لا متعة لكل فراق تختاره المرأة"[٢] لأن حكمة تشريع المتعة عند الفقهاء، هي جبر خاطر الزوجة من جراء فراق لم تسعَ إليه، و لم تكن سببا في وقوعه.

وفي هذا الإطار نقض المجلس الأعلى[٣] قرارا لمحكمة الاستئناف بوجدة، قضى بتمتيع الزوجة مؤكدة أنه "بمقتضى المادة ٨٤ من مدونة الأسرة، فإن المتعة إنما حكمت بها في حالة الطلاق أو التطليق الذي يتم بطلب الزوج.

والمحكمة لما حكمت للمطلوبة بالمتعة استجابة لطلب التطليق بسبب الشقاق، رغم أنها طلبت الحكم لها بالتعويض، ودون أن تحدد مسئولية الزوج عن الفراق، لترتب على ذلك التعويض المستحق لها عند الاقتضاء، فإنها تكون قد خرقت المادة المحتج بها"

وفي قرار آخر أيد المجلس الأعلى قرار محكمة الاستئناف بتطوان، مؤكدا أن: "محكمة الموضوع قد استعملت سلطتها التي لا معقب عليها لما قدرت مسئولية كل من الزوجين في انفصام علاقة الزوجية، معتبرة أن الزوج هو المتضرر من هذا الفراق، بالنظر إلى المدة القصيرة للزواج، وإلى ما أنفقه من مهر وحفل زفاف ومصاريف أخرى، وليست الزوجة التي لم تثبت ما يبرر طلب تطليقها للشقاق، ومن ثم وجب أداؤها لطليقها التعويض المناسب لحكم هذا الضرر[٤]

الاتجاه الثاني: كرسه الأستاذ إدريس كركين[٥] وذ/رشيد وهابي ع، هذا الأخير كتب مقالا بجريدة الصباح المغربية اليومية تحت عنوان: "زلزال قضائي سيضر بمصالح كل طالبات التطليق"

-(١) ابن جزي: ابو القاسم محمد بن احمدبن جزي الكلبي ولدسنة٦٩٣ وتوفي سنة٧٤١ه الف في فنون العلم: وسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم والقوانين الفقهية وغيره/موقع ويكيبديا/الموسوعة الحرة الاليكترونية/

-(٢) أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي القوانين الفقهية ط/١ بيروت لبنان ١٩٩٨ ، ١٧٩/١. ١٨٠.

3- قرار عدد٤٣٣ بتاريخ٢١/٠٩/٢٠١٠ في الملف عدد٢٠٠٩/١/٢/٦٢٣.

4- قرارعدد١٥٩ بتاريخ ٨ إبريل ٢٠٠٩ ملف عدد ٣٣٤ /٢/١/٢٠٠٧.

5- مقال تحت عنوان متعة المطلقة في دعوى التطليق للشقاق مجلة المنبر القانوني العدد الأول أكتوبر٢٠١١ صفحة ٢٢٣.

هذا الاتجاه يرى من حيث الإجمال أن هناك خلافا بين الفقهاء فيما يتعلق بأحكام المتعة، وأن هذا الاختلاف راجع إلى كيفية فهم وتفسير الآيات القرآنية والأحاديث النبوية المتعلقة بالمتعة، هل هي واجبة لكل مطلقة، أم للبعض منهن فقط؟

فالجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة، وقال آخرون هي مندوب إليها وليست واجبة، وبه قال مالك.

وفريق آخر يرى أنها تجب للمطلقة إذا لم يدخل بها و لم يفرض لها صداق، في حين يرى جماعة من السلف أن لكل مطلقة متعة من غير استثناء: "المتعة فرض على كل مطلق من غير استثناء.[١]

أما المذهب المالكي الذي استند إليه قرار المجلس الأعلى في القول بعدم أحقية الزوجة للمتعة متى كان الفراق بناء على طلبها فإن حكم المتعة هو الندب[٢].

وبالرجوع إلى الموطأ يلاحظ أن الأحاديث التي أوردها الإمام مالك بخصوص المتعة لم تستثن سوى الزوجة التي تطلق قبل الدخول، وقد فرض لها المهر.

ويبقى الإشكال قائما حول المتعة للمطلقة التي يكون انحلال ميثاق الزوجية بناء على طلبها، هل يحكم لها بالمتعة أم لا ؟

فالأستاذ إدريس كركين: يرى أن الإمام مالك لم ينقل عنه حرمان المطلقة من المتعة، بل حسب ظاهر النصوص يعطي لكل مطلقة متعة باستثناء التي طلقت قبل الدخول[٣]، لكن مع ملاحظة أن هناك رأيا في المذهب يقول بخلاف ذلك، وهو قول العلامة ابن جزي.

لقد حاول المجلس الأعلى في نظر الأستاذ كركين تفسير مقتضيات المادة ٩٧ تفسيرا ضيقا معتبرا أن المتعة المشار إليها في المادة ٨٤ من المدونة نفسها، لا يحكم بها إلا في حالة الطلاق أو التطليق الذي يتم بطلب الزوج، أما إذا كانت الزوجة هي طالبة التطليق فإنها لا تستحق سوى

1--1ادريس كركين:باحث بصف الدكتورة متخصص في قانون الأعمال والاستثمار كلية الحقوق بوجدة يشرف على ادارة مجلة المنبر القانوني/مجلة المنبر القانوني العدد الرابع ابريل٢٠١٣

2- أبو الوليد القرطبي –ابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد، ونهاية المقتصد** ٩٣/٢ ط/١ المكتبة العصرية صيدا بيروت ٢٠٠٢.

(٣)- **تنوير** الحوالك، شرح على موطأ الإمام مالك لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي مكتبة الثقافة الدينية القاهرة١/٥١٣.

التعويض عن الضرر اللاحق بها، متى أثبتت مسئولية الزوج عن الفراق، طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية.

لكن بقراءة متأنية للفصل٩٧، يقول الأستاذ كركين: يلاحظ أنها لم تستثن المتعة حينما تحدثت عن المستحقات التي يقضي بها القاضي أثناء الحكم بالتطليق، بل وقد أحالت هذه المادة على المواد ٨٥/٨٤/٨٣ المتعلقة بمستحقات الزوجة والأطفال، والمادة ٨٤ حددت مستحقات الزوجة في الصداق، إن وجد، ونفقة العدة والمتعة، وهذه المقتضيات عامة ومطلقة، والقاعدة الفقهية تقضي بأن "المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة"[1]

والمشرع لم يأت بأي نص يقيد المستحقات في حالة التطليق للشقاق والضرر، ولم يستثن المتعة من هذه المستحقات.

والخلاصة التي يمكن أن نخرج بها من هذه الاتجاهات التي تم استعراضها، يبدو أن المنطق والعقل السليم يميل مع الاتجاه الأخير لسببين:

الأول: أن الله سبحانه وتعالى شرع المتعة لكل مطلقة دون استثناء، إذ أن الآيات الواردة في هذا الشأن، جاءت عامة ومجملة وبالخصوص قوله تعالى: ﴿ **وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**﴾[2].

(١)- تنص المادة ٩٧ من مدونة الأسرة أنه: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق، وبالمستحقات طبقا للمواد ٨٥.٨٤.٨٣ أعلاه مراعية مسؤلية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسئول لفائدة الزوج الآخر.

2- سورة البقرة، الآية ٢٣٨.

الثاني: أن مقتضيات مدونة الأسرة المتعلقة بالتطليق للشقاق، وبالخصوص المادة ٩٧ منها عندما تعرضت لمستحقات الزوجة والأطفال أثناء الطلاق، أحالت على المواد ٨٥.٨٤.٨٣ ولم تستثن المتعة من بين تلك المستحقات، ولم تميز في هذا الأمر بين ما إذا كان الزوج هو المتقدم بطلب التطليق للشقاق أم الزوجة، وأنه مادام ليس هناك نص صريح وواضح، يقضي بحرمان المطلقة من المتعة إذا كانت هي الطالبة للتطليق، فإن المتعة تبقى حقا خالصا إلى جانب باقي المستحقات.

الفصل الثالث:

معالجة الشريعة الإسلامية للشقاق والضرر

لقد عالجت الشريعة الإسلامية الشقاق بين الزوجين، ونهت عن إضرار أحدهما بالآخر، وذلك بوسيلتين:

الأولى: الوسيلة الوقائية، وذلك بالقضاء على أسباب الشقاق والضرر.

الثانية: وسيلة التحكيم وذلك عند وقوع الشقاق والضرر.

وتأسيسا على ذلك سيتم التطرق إلى الوسائل الوقائية من الشقاق والضرر في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني سيتم بحث وسيلة التحكيم كسبب من أسباب المعالجة للشقاق والضرر.

المبحث الأول:

السبل الوقائية من الشقاق والضرر

تتمثل هذه السبل الوقائية في معالجة الشقاق والضرر قبل وقوعهما، وذلك بمعالجة أسبابهما والقضاء عليهما، ومن بين سبل الوقاية هذه ما سنعرضه في المطالب التالي

المطلب الأول: تعريف الزوجين بحقوقهما والأمر بالمعاشرة بالمعروف

من المعروف أن عقد الزواج من العقود التبادلية الملزمة للجانبين، بمعنى أنه يرتب حقوقا والتزامات لفائدة وعلى عاتق كل واحد من الزوجين تجاه قرينه.

وقد بينت الشريعة الإسلامية أن الحقوق بين الزوجين متقابلة وعلى كل طرف أن يراعي حقوق الطرف الآخر، قال تعالى:

﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ، وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ، وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكُيمٌ ﴾"[1].

وقد نصت مدونة الأحوال الشخصية السابقة على هذه الحقوق والواجبات في الفصل ٣٣ الذي ينص على أن: "**الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من حقوق الزوجية وواجباته**".

والحقوق الزوجية تنقسم إلى حقوق متبادلة، تترتب في ذمة كل من الزوجين نحو الآخر، وحقوق تترتب في ذمة الزوج نحو زوجته، وأخرى تترتب في ذمة الزوجة نحو زوجها، فما هو مضمون هذه الحقوق ؟

---

(١) – سورة البقرة، الآية ٢٢٦.

الفقرة الأولى: الحقوق المتبادلة بين الزوجين

لقد بينت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة هذه الحقوق في الفصل ٣٤، وكذلك مدونة الأسرة، الذي ينص على أن: "الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين[1]:

١- المساكنة الشرعية.

٢- حسن المعاشرة، وتبادل الاحترام والعطف والمحافظة على خير الأسرة.

٣- حق التوارث بين الزوجين

٤- حقوق الأسرة كنسب الأولاد وحرمة المصاهرة ".

أولا – المساكنة الشرعية:

ويقصد بها: أن يكون للأسرة مقر واحد يجتمع فيه كل من الرجل والمرأة، وأن يمكن كل منهما الآخر في حقه في الاستمتاع[2]:

أ. فالمقر: هو بيت الزوجية الذي يجب على الزوج أن يهيئه بحسب قدرته المالية باعتباره من مشمولات النفقة التي تجب عليه: وفيه يقول تعالى: ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلاَ تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ** ﴾"[3].

(١)- المادة ٥١ من مدونة الأسرة: حاول المشرع من خلال هذه المادة تحديدالحقوق والواجبات بين الزوجين، حيث سلك نهجا جديدا في صياغة آثار الزواج، بالنسبة للزوجين تأكيدا لمبدأ المساواة التي تقوم عليه المدونة خلافا لمدونة ٥٧ الملغاة التي حددت الحقوق المتبادلة بين الزوجين ثم حقوق كل واحد على الآخر على حدة.

(٢)- عبد الكريم شهبون **الشافي في شرح مدونة الأسرة** مكتبة الرشاد١/١٤٨ط/١/٢٠٠٦

(٣)- سورة الطلاق، الآية ٦.

وعلى هذا فتهيئة المقر من الحقوق التي تجب على الزوج تجاه زوجته، ومن أبرز ما جاءت به مدونة الأسرة في هذا الصدد، ما تم التنصيص عليه، من أنه في الوقت الذي يقوم فيه أحد الزوجين من إخراج الآخر من بيت الزوجية ودون مبرر، تدخلت النيابة العامة لإرجاع المطرود إلى بيت الزوجية مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته[1].

ويجب أن يكون بيت الزوجية مستقلا عن أقارب الزوج، بحيث يكون لها خالصا، وهذا ما أكده المجلس الأعلى للقضاء في قرار صادر عنه في هذا الشأن[2]، مع الاحتفاظ له بحق البر بوالديه.

ب. الإحصان والعفاف: من المعلوم أن الله -سبحانه وتعالى- شرع الزواج وجعله الوسيلة الشرعية الوحيدة التي تسمح بالاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة، وحرم الزنى، بل وكل المظاهر التي قد تؤدي إليه، وسمح لكل واحد من الزوجين بأن يتمتع بالآخر، وأن يمكنه من نيل شهواته[3].حيث يستجيبان من خلاله للغريزة التي أودعها الله سبحانه وتعالى فيهما معا، قال تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاء ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ**﴾

ثانيا – حسن المعاشرة:

إن مضمون الالتزام بحسن العشرة بين الزوجين، لا يتوقف عند حد أداء الواجب الزوجي، وقيام الزوج بالإنفاق والزوجة بما يلزم من المهام المألوفة في الحياة الزوجية، وإنما هو يقتضي كذلك واجب ابتعاد كل منهما عن كافة ما ينفر منه الآخر من الأمور، وأن يتسامح فيما يصدر عنه عفوا من الهفوات وزلات اللسان، بحيث تسود العلاقة فيما بينهما المودة والسكينة والوئام[4].

---

(١)- المادة ٥٣ من مدونة الأسرة.

(٢)- قال المجلس الأعلى: "لما كان الشرع قد خص الزوجة بالسكنى من زوجها منفردة عن أهله أو أقاربه، كما نص على ذلك الفقهاء، إذ قال الشيخ خليل: ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه، فإنه لا وجه لتكليفها بإثبات كونها تسكن مع أقاربه؛ لأنها مصدقة في دعواها هاته "قرارعدد٨٨٧ بتاريخ ١٤/١٢/١٩٨٢ منشور بمجلة (قضاء المجلس الأعلى) عدد٣١مارس١٩٨٣ص٣٨٣ .

(٣)- ابن معجوز، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية**، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، ١/ ١٢٨/ ١٩٩٤.

(٤)- محمد الكشبور، **الوسيط في شرح مدونة الأسرة**.٤٢٦/١ ط/٢. ٢٠٠٩ مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.

ثالثا – حق التوارث:

وهذا الحق أمر معروف من الدين بالضرورة، وقد تولى القرآن الكريم بيان أحكامه، فلا يجوز لأحد أن يتصرف فيه بخلاف ما أنزل الله، ولا يحق لجماعة أن تتبنى عرفا أو تشريعا يحرم المرأة من حقها أو يمنع الزوج مما أتاه الله[١].

ومن المؤسف أن نجد مثل هذه الأعراف في بعض مجتمعاتنا، كما هو الشأن بالنسبة لبعض الأرياف في بلادنا حيث تحرم المرأة من حقها في الميراث، وهذا مخالف لما هو مأمور به شرعا.

رابعا – حقوق الأسرة:

ويقصد بها الحقوق المتبادلة التي تنشأ عن عقد الزواج:

أ- الدين: حيث أجمع العلماء على أن الولد الذي ينشأ عن الزواج الشرعي يتبع أباه في الدين حيث يعتبر مسلما منذ ولادته ولو كانت أمه كتابية.

ب- النسب: إذ أن الولد يتبع أباه أيضا في النسب بحيث ينتسب إلى أبيه ولا ينتسب إلى أمه، وكل ولد ازداد بعد مضي أقل مدة الحمل –وهي ستة أشهر ابتداء من انعقاد الزواج– ينسب إلى الزوج بشرط أن يكون اتصال الزوج بزوجته ممكنا خلال هذه المدة.[٢]

ت- حرمة المصاهرة: وهو من الحقوق المتبادلة التي تنشأ عن الزواج حيث يحرم على المرأة أن تتزوج بأبي زوجها أو ابنه، كما يحرم على الرجل أن يتزوج زوجة أبيه، أو أم زوجته ولم يقع الدخول، ويحرم عليه أن يتزوج ابنة زوجته إذا كان قد دخل بأمها[٣].

---

(١)- علال الفاسي، **التقريب شرح مدونة الأحوال الشخصية**، مطبعة الرسالة الرباط، طبعة ١٩٨٥، ١/ ١٨٥.

(٢)- محمد الكشبور **الوسيط في قانون الأحوال الشخصية**١/٢٨٨. م س

(٣) – ابن معجوز، **أحكام الأسرة**، م–س، ١/ ١٣٥.

الفقرة الثانية: حقوق الزوجة على زوجها

وقد بينها الفصل ٣٥ الذي ينص على أن: "حقوق المرأة على الزوج:

أ- النفقة الشرعية من طعام وكسوة وتمريض وإسكان.

ب- العدل والتسوية إذا كان الرجل متزوجا بأكثر من واحدة.

ت- السماح للزوجة بزيارة أهلها واستزارتهم بالمعروف.

ث- للمرأة حريتها الكاملة في التصرف في مالها دون رقابة الزوج إذ لا ولاية للزوج على مال زوجته".

أولا – النفقة الزوجية:(١)

حيث أوجب الله على الزوج أن ينفق على زوجته، وذلك بأن يقدم لها ما تحتاجه من طعام وكسوة وسكن، ويدل على ذلك قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾(٢). أي، يجب على الأزواج أن يطعموا ويكسوا الزوجات على قدر الاستطاعة(٣).

ثانيا– العدل بين الزوجات:

ومضمون هذا الحق وجوب التسوية أي المساواة في المعاملة إذا كان الرجل متزوجا بأكثر من امرأة واحدة، بحيث لا يفضل واحدة على الأخرى في المطعم والملبس والمسكن، ويفرض لكل واحدة منهن يوما وليلة، يقيم عندها، ويخصص لكل واحدة منهن سكناها الخاصة بها وأدوات بيتها ولا يؤخذ في ذلك على المساواة القلبية والعاطفية التي لا يستطيع أحد التحكم فيها، ولكن الرجل يقدر على أن لا يجاريها حتى يخرج عن المساواة(٤).

---

(١) – نص عليها المشرع في المدونة الجديدة في المواد من ٩٤إلى١٩٦من كتاب **الولادة ونتائجها**.

(٢) – سورة البقرة، جزء من آية:٢٣١.

(٣) – ابن معجوز، **أحكام الأسرة**، م- س، ١٣٥/١.

(٤)- علال الفاسي، التقريب **شرح مدونة الأحوال الشخصية**، م-س، ١٨٩/١.

ثالثا– السماح للزوجة بزيارة أهلها واستزارهم:

ذلك أن من مقتضيات العدل الواجب على الزوج نحو زوجته أو زوجاته العديدات أن يمكن الواحدة منهن من زيارة الأقربين من أهلها، بل واستضافتهم في بيته بالمعروف إن كان قد اعتاد على استضافة الخاصة من أهله، كما أن من العدل أن يسمح لهن بزيارة أقاربهن من أهلهن[1].

رابعا – حق المرأة في التصرف في مالها:

حيث سوى الإسلام بين الرجل والمرأة في حق كل واحد منهما في التصرفات المالية، وجعل لكل منهما ذمة مالية وأهلية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات، وجعل لكل منهما الحق في تسلم أمواله بمجرد رشده، قال تعالى: ﴿ **وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾[2].

وهذا الأمر يتعلق بالذكور والإناث؛ إذ يجب أن يدفع إلى كل من الرجل والمرأة ماله إذا بلغ وتبين رشده[3].

الفقرة الثالثة: حقوق الزوج على زوجته

وقد نصت عليها مدونة الأحوال الشخصية في الفصل ٣٦ وتتمثل هذه الحقوق فيما يلي:

أولا– صيانة الزوجة نفسها وإحصانها:

ذلك أن العفة والابتعاد عن الزنا من أبرز الواجبات المفروضة على الزوجين؛ لما في الزنا من أضرار مهددة للأسرة والمجتمع، وخاصة من جانب الزوجة، ولذلك نهى الله سبحانه وتعالى الزوجة عن كل ما يحمل زوجها على الشك في طهارتها وعفتها؛ حيث أمرها بإخفاء محاسنها عن غير محارمها، كما نهاها عن الإذن للأجانب بالدخول إلى بيت الزوجية في غياب الزوج.[4]

(١)- **شرح مدونة الأسرة** محمد الأزهر ١٧٤/١ مطبعة دار النشر المغربية ط/٥ ٢٠١١.

(٢)- سورة النساء الآية: ٦.

(٣)- ابن معجوز، **أحكام الأسرة**، م-س، ج:١/ ١٤١.

(٤)- **الوسيط في شرح مدونة الأسرة** ٤٢٣/١ م س

ثانيا – طاعة الزوجة لزوجها بالمعروف:[1]

إذا كان الزواج يقوم على أساس التعاون بين الزوجين تحت إشراف الزوج باعتباره المكلف بأداء الصداق، والقيام بالنفقة، وتحمل جميع المسئوليات المترتبة عن الزواج، ونظرا لحق الزوج هذا في الإشراف، فإن من واجب المرأة أن تطيع زوجها وأن تنفذ رغباته، وهذا الحق ثابت في القرآن الكريم بقوله سبحانه وتعالى: ﴿ **فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً** ﴾[2]. إلا أن تنفيذ هذه الأوامر يتعلق بالأوامر المرتبطة بالأسرة الناشئة عن رابطة الزواج مثل حقه في الاستمتاع.

ثالثا – إرضاع الزوجة أولادها عند الاستطاعة:[3]

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ**﴾[4]

وذلك في الحالات الآتية:

أ- إذا لم يقبل الرضيع ثديا غير ثدي أمه.

ب – إذا كان ترك إرضاع الأم لولدها يضر به.

ج – إذا كان الأب معسرا.

ولا يجوز للأم أن تمتنع عن القيام بهذا الواجب، إلا إذا كانت من وسط لا ترضع فيه الأمهات أطفالهن، أو كان الإرضاع يضر بها. كما أنه يحق للزوجين الاتفاق على استئجار من يرضع ولدهما، أو على تغذيته بغير لبن الأم ما لم يكن ذلك مضرا بالولد.

رابعا– الإشراف على البيت وتنظيم شئونه:

في مقابل الزوج المكلف بتوفير المتطلبات المادية الناشئة عن الزواج، فإن الزوجة مكلفة بدورها بالإشراف على بيت الزوجية، ومراقبة ما يجري فيه، والعمل على تنظيمه لضمان حسن

---

(١)- يبدو أن مدونة الأسرة قد استعاضت عنه بأمر سمته حق التشاور في اتخاد القررارات لمتعلقة بتسيير شئون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل: (انظر **الوسيط في شرح المدونة**١/٤٢٩ م س).

(٢)- سورة النساء الآية: ٣٤.

(٣)- **الوسيط في قانون الأحوال الشخصية ١**/٣٢٩ م س.

(٤)- سورة البقرة الآية ٢٣٣.

تسييره أموره، والمحافظة عليه حتى لا يترك البيت مهملا أو موكولا إلى الخدم يفعلون فيه ما بدا لهم، وقد يبذرون ما يحضره الزوج من أطعمة ومواد غذائية أو يفسدونها.

والواقع أن الظرف الاقتصادي لا يسمح لكل الأزواج بتوفير الخدم، وإعفاء الزوجة نهائيا من أشغال المترل، وإنما مهمتها القيام بهذه الأشغال في حدود الاستطاعة.[١]

خامسا – إكرام والدي الزوج وأقاربه بالمعروف:

وهذا الواجب يفرض على الزوجة احترام والدي زوجها وأقاربه، ومعاملتهم معاملة حسنة؛ لأن من واجب الزوج الاعتناء بوالديه، والإحسان إليهما وطاعتهما، والإنفاق عليهما إذا كانا فقيرين.

ويجب على الزوجة أن تعينه على البرور بوالديه، وأن تساهم في هذا البرور، لتقدم بذلك لزوجها الدليل العملي على حبها له، وقيامها بما فيه خيره وسعادته وراحة ضميره[٢].

موقف مدونة الأسرة الجديدة من الحقوق والواجبات الزوجية:

على خلاف مدونة الأحوال الشخصية السابقة، فإن مدونة الأسرة الجديدة قد سلكت نهجا جديدا في صياغة الحقوق والواجبات الزوجية، وحرصت على عدم إبراز الجانب الفردي في بناء الأسرة، واختارت التركيز على تساوي الزوجين في إنشاء الأسرة وفي تحمل مسئولياتها، وأكدت على مبدأ التراضي والرعاية المشتركة للزوجين في تسيير شئون الأسرة على قدم المساواة.

وقد نصت مدونة الأسرة على حقوق والواجبات الزوجية في المادة ٥١ التي تنص على أن: "الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

أ- المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحصان كل منهما وإخلاصه للآخر بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل.

ب- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة.

---

(١)- التعليق على قانون الأحوال الشخصية ١٢٣٨ م س.

(٢)- ابن معجوز، **أحكام الأسرة**، م-س:١/ ١٤٨.

ت- تحمل الزوجة مع الزوج مسئولية تسيير ورعاية شئون البيت والأطفال.

ث- التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شئون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل.

ج- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف

ح- حق التوارث بينهما.

المطلب الثاني: عدم الاستجابة لمقتضيات الكراهية

ذلك أنه من اليسير علاج الأبدان، لكن داء النفوس وما يضمر فيها من كراهية عميقة، أو بغضاء شديدة، قد تعجز عنه أنجع الأدوية وأكثرها فاعلية في ظلال الحياة الطبيعية أو السوية؛ لأن الكراهية سرطان خبيث وإيدز العصر الحديث، الذي قد يقاوم الدواء ويعمل على استشراء واستفحال البلاء بانتشار الداء في النفس البشرية الضعيفة لتعاني منه ومن ويلاته [1].

وإذا هبت على الحياة الزوجية رياح الاختلاف بين الزوجين، فأفقدت جو البيت السكن والراحة، وأحالته إلى بيئة تعصف بها مشاعر الكراهية، فإن الشريعة في هذه الحالة تدعو الزوجين إلى علاج ما طرأ على حياتهما من شقاق، وإصلاح ما جد من خلاف، وهي في مستهل ما تدعو إليه الزوجين تحذيرهما من الاستجابة لمشاعر البغض، فقد تكون أحيانا انفعالا لا يعكس حقيقة صادقة، وإلى أن الإنسان قد يكره ما فيه الخير له، فليس من الحكمة ولا من الإيمان أن يسارع إلى الخلاص مما يكره، وإنما عليه أن يراجع نفسه ويرضى بما هو فيه، لعل الله أن يجعل له الخير الكثير فيما يضيق به وينفر منه، ولا يود العيش معه، وفي ذلك يقول الله تعالى:

(١)- مصطفى عرجاوي، كراهية المرأة زوجها داء دواؤه في الإسلام، **مجلة الوعي الإسلامي**، العدد ٤٥٠، صفر ١٤٢٤، موافق أبريل – مايو ٢٠٠٣، الصفحة ٧٤.

﴿يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُواْ النِّسَاء كَرْهاً وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُواْ شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللّهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً﴾"[1].

وروي عن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– أنه قال: (لا يفرك[2] مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقا رضي منها آخر)[3].

والرسول –صلى الله عليه وسلم– في هذا الحديث يشير إلى أن لكل إنسان جوانب مشرقة وأخرى مظلمة، أو أنه مهما تكن مساوئه فإنه يتمتع ببعض الصفات الطيبة، فلا ينبغي أن تكون الصورة المظلمة هي التي تستحوذ على الإنسان، وإنما يجب عليه أن يمد عينيه إلى الجوانب المضيئة، لعله بهذا يتجاوز عن بواعث الكراهية، وتظل علاقته بزوجته علاقة ود وحب[4].

المطلب الثالث: اتباع الطرق الشرعية في علاج النشوز

وهذه الطرق واردة في القرآن الكريم، بحسب مصدر النشوز[5].

فإذا كان النشوز من جانب الزوجة، فإن العلاج يكون ما ذكره الحق سبحانه وتعالى:

﴿ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً ﴾[6] مع مراعاة القيود والأحكام الشرعية الخاصة بكل مرحلة.

---

(١)- سورة النساء الآية ١٩.

(٢)- لا يفرك: فرك يفرك فركا، والفرك بالكسر البغضة عامة، وقيل: الفرك بغضة الرجل لامرأته أو بغضة امرأته له، وهو أشهر، وقد فركته تفركه فركا وفركا أبغضته، ورجل مفرك لا يحظى عند النساء، وامرأة مفركة لا تحظى عند الرجال، ابن منظور، **لسان العرب**، م-س، مادة: فرك، ص:٣٤٠٣/٥.

(٣)- أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، دار الحديث، القاهرة، ط/١ ١٩٩١، **كتاب الرضاع** – باب الوصية بالنساء، رقم: ٦١. ١٠٩١/٢.

(٤)- محمد الدسوقي، من **قضايا الأسرة في التشريع الإسلامي**، دار الثقافة، قطر، الطبعة الأولى ١٩٨٦، ١٢٠/١.

(٥)- وتجنبا للخروج عن موضوعنا، وللمزيد من التفصيل في أحكام النشوز، يراجع تفسير هاتين الآيتين: انظر **جامع البيان** للطبري، دار هاجر، ٢٠٠١ ٩٦/٦ ٦، ط/١.

(٦)- سورة النساء الآية ٣٤.

أما إن كان النشوز من جانب الزوج، فإن العلاج وارد في قوله تعالى: ﴿ **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلاَ جُنَاْحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**﴾[١].

وإلى جانب هذه الوسائل الوقائية، فإن الشرع قد حث على التحلي بصفات فضيلة تمكن من استمرار الحياة الزوجية، وتحول دون إنهائها، ومن هذه الصفات الصبر، الذي يعد من الفضائل الخلقية، وهو النفحة الروحية التي يعتصم بها المؤمن فتخفف من بأسه وتدخل إلى قلبه السكينة والاطمئنان، وتكون بلسما للجراحة التي يتألم منها[٢].

المبحث الثاني: وسيلة التحكيم

إلى جانب الوسائل الوقائية، فإن الشريعة الإسلامية شرعت التحكيم كوسيلة لمعالجة الشقاق بين الزوجين عند ظهور بوادره وأمارته، وهذا الإجراء وارد في قوله سبحانه وتعالى: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا ﴾[٣].

يقول السيد قطب[٤] : "وهكذا لا يدعو المنهج الإسلامي إلى الاستسلام لبوادر النشوز والكراهية، ولا إلى المشاركة بفصل عقدة النكاح وتحطيم مؤسسة الأسرة على رءوس من فيها من

---

(١)- سورة النساء الآية ١٢٧.

(٢)- عبد الفتاح طبارة، **روح الدين الإسلامي**، دار العلم للملايين، لبنان، ١٩٩٣. ٢١٣/١.ص/٢٨.

(٣)- سورة النساء الآية ٣٥.

(٤) سيد قطب: سيد قطب إبراهيم حسين الشاذلي 9) أكتوبر1906 م 29 - أغسطس1966 م (كاتب وأديب ومنظر إسلامي مصري وعضو سابق في مكتب إرشاد جماعة الإخوان المسلمين ورئيس سابق لقسم نشر الدعوة في الجماعة ورئيس تحرير جريدة الإخوان المسلمين. ولد في قرية موشا وهي إحدى قرى محافظة أسيوط بها تلقى تعليمه الأولي وحفظ القرآن الكريم ثم التحق بمدرسة المعلمين الأولية عبد العزيز بالقاهرة ونال شهادتها والتحق بدار العلوم وتخرج عام

الكبار والصغار، الذين لا ذنب لهم ولا يد ولا حيلة، فمؤسسة الأسرة عزيزة على الإسلام يقدر خطورتها في بناء المجتمع، وفي إمداده باللبنات الجديدة اللازمة لنموه ورقيه وامتداده.

إنه يلجأ إلى هذه الوسيلة الأخيرة عند خوف الشقاق فيبادر قبل وقوع الشقاق فعلا ببعث حكم من أهلها ترتضيه وحكم من أهله يرتضيه يجتمعان في هدوء بعيدين عن الانفعالات النفسية والرواسب الشعورية، والملابسات المعيشية التي كدرت صفو العلاقات بين الزوجين، طليقين من هذه المؤثرات التي تفسد جو الحياة وتعقد الأمور وتبدو – لقربها من نفسي الزوجين – كبيرة تغطي كل العوامل الطيبة الأخرى في حياتهما، حريصين على سمعة الأسرتين الأصليتين مشفقين على الأطفال الصغار، بريئين من الرغبة في غلبة أحدهما على الآخر – كما قد يكون الحال مع الزوجين في هذه الظروف – راغبين في خير الزوجين وأطفالهما ومؤسستهما المهددة بالدمار.

وفي الوقت ذاته هما مؤتمنان على أسرار الزوجين لأنهما من أهلهما: لا خوف من تشهيرهما بهذه الأسرار إذ لا مصلحة لهما في التشهير بها، بل مصلحتهما في دفنها ومداراتها !

يجتمع الحكمان لمحاولة الإصلاح، فإن كان في نفس الزوجين رغبة حقيقية في الإصلاح، وكان الغضب فقط هو الذي يحجب هذه الرغبة، فإنه بمساعدة الرغبة القوية في نفس الحكمين يقدر الله الإصلاح بينهما والتوفيق: " إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما". فهما يريدان الإصلاح والله يستجيب ويوفقهما لما فيه سعادتهما.

وهذه هي الصلة بين قلوب الناس وسعيهم ومشيئة الله وقدره... إن قدر الله هو الذي يحقق ما يقع في حياة الناس، ولكن الناس يملكون أن يتجهوا وأن يحاولوا وبقدر الله -بعد ذلك- يكون ما يكون..."[1].

١٣٥٢هـ ١٩٣٣م. عمل بوزارة المعارف بوظائف تربوية وإدارية وابتعثته الوزارة إلى أمريكا لمدة عامين وعاد عام ١٣٧٠هـ ١٩٥٠م. انضم إلى حزب الوفد المصري لسنوات وتركه على أثر خلاف في عام ١٣٦١هـ ١٩٤٢م وفي عام ١٣٧٠هـ ١٩٥٠م انضم إلى جماعة الإخوان المسلمين وخاض معهم محنتهم التي بدأت منذ عام ١٩٥٤م إلى عام ١٩٦٦م وحوكم بتهمة التآمر على نظام الحكم وصدر الحكم بإعدامه وأعدم عام ١٣٨٥هـ ١٩٦٦م. **موقع ويكيبيديا/الموسوعة الحرة.**

(١)- سيد قطب، **في ظلال القرآن**، دار الشروق، الطبعة الأولى ١٩٧٢، ٦٥٦/٥.

ومن خلال هذا القول تتضح العناية الكبيرة التي يوليها الإسلام لمؤسسة الأسرة، من خلال العناية والاهتمام بما يضمن الاستمرارية بين أطرافها، ومعالجة ما من شأنه أن يحول دون هذه الاستمرارية.

ولا شك أن بعث الحكمين يدخلان ضمن هذا الإطار؛ حيث يتحملان مسئولية إصلاح ما بين الزوجين، وذلك بالوقوف على أسباب الخلاف بينهما، والسعي لوضع حد لها في إطار عائلي محدود حفاظا على أسرار الأسرة، ولذلك يتعين على الحكمين أن يكونا في مستوى هذه المسئولية، ويعملان كل ما في وسعهما من أجل تحقيق الغاية التي لأجلها تم بعثهما[(١)].

كما أن التحكيم يستمد أصله من السنة المطهرة، لما روي أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- قال: (إذا جلس القاضي للحكم، بعث الله ملكين يسددانه ويوفقانه ويرشدانه، ما لم يجر فإذا جار عرجا وتركاه)[(٢)].

والتحكيم هو: "الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به "[(٣)].

ولا يخفى على أحد مدى الأهمية البالغة التي يكتسيها نظام التحكيم كإجراء أولي لإصلاح ذات البين بين الزوجين، وتفادي الفراق بينهما، بالوقوف على أسباب الخلاف بينهما واقتراح وسائل العلاج الملائمة لها.

ونظرا لأهمية التحكيم، وما يرتكز عليه من العناصر الأساسية التي تعد ضرورية لتحقيق النتائج المرجوة منه، ولكونه إجراء جوهريا قبل الإقدام على التطليق- كما ذهبت إلى ذلك جل التشريعات الوضعية كما سيأتي لاحقا – فإننا سنخصص فرعا كاملا للحديث عنه، فما هي إذن العناصر المكونة لنظام التحكيم ؟

٢-التعليق على قانون الأحوال الشخصية١/٢٧١ م س

٣- رواه الإمام البيهقي، **السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي**، رقم الحديث ٢٠٧٤٦، دار الفكر لبنان، ط/١ ١٩٩٦، ٣٤/١٤.

(٣)- أحمد أبو الوفا، **التحكيم الاختياري والإجباري**، منشأة المعرف، الإسكندرية، 15/1.

الفصل الرابع:

نظام التحكيم باعتباره نظام جوهري في التطليق بسبب الشقاق والضرر

كما سبقت الإشارة لذلك، فإن التحكيم كنظام أساسي لمعالجة الشقاق والضرر يتكون من عناصر تمكن من تفعليه، وسيتم الإشارة تباعا لهذه العناصر بشيء من التفصيل فيما يلي.

المبحث الأول: من يتولى بعث الحكمين ؟

إذا كان بعث الحكمين أمرا واجبا استنادا لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فابعثوا﴾ بصيغة الأمر التي تقتضي الوجوب، فإن العلماء اختلفوا حول المكلف ببعث الحكمين إلى اتجاهين:

- اتجاه يذهب إلى اعتبار الحاكم هو المكلف ببعث الحكمين.
- واتجاه ثان يذهب إلى أن الزوجين هما المكلفين بهذه المهمة.

وعليه فإن مناقشة هذا الأمر سيتم من خلال مطلبين:

الأول: اعتبار الحاكم هو المسئول عن بعث الحكمين.

الثاني: اعتبار أن الزوجين هما المكلفان والمسئولان عن بعث الحكمين.

المطلب الأول: اعتبار الحاكم هو المكلف ببعث الحكمين

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن المخاطب بقوله تعالى: ﴿وإن خفتم شقاقا بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها... ﴾ هو الحاكم، فإذا عرف الحاكم أن شقاقا وقع بين زوجين، وجب عليه إرسال حكم من أهل الزوج وآخر من أهل الزوجة للإصلاح بينهما؛ لكون الحاكم هو الذي يتكلف بمصالح الناس.

قال ابن جرير الطبري: "المخاطب بذلك السلطان الذي يرفع ذلك إليه؛ لما روي عن سعيد بن جبير والضحاك"[١].

وقال الحطاب[٢] : "إذا اختلف الزوجان وخرجا إلى ما لا يحل من المشاتمة، كان على السلطان أن يبعث حكمين ينظران في أمرهما، وإن لم يترافعا ويطلبا ذلك منه، ولا يحل له أن يتركهما على ما هما عليه من الإثم وفساد الدين"[٣].

قال القرطبي: " المخاطب بقوله تعالى: "إن خفتم" الحكام على ما عليه الجمهور" [٤].

يتضح من خلال هذه الأقوال: أن جمهور العلماء يميلون إلى اعتبار السلطان أو الحاكم المكلف ببعث الحكمين من أجل محاولة إصلاح ذات البين وتلافي بوادر الخلاف بين الزوجين.

المطلب الثاني: اعتبار الزوجين هما المكلفان ببعث الحكمين

---

(١)- ابن جرير الطبري، **جامع البيان عن تأويل آي القرآن،** ٧٠/٥ دار الهجرة للطباعة المحقق/ عبد الله بن محسن التركي http://www.waqfeya.com/book.php?bid=542.

(٢) الحطاب (٩٠٢ - ٩٥٤ هـ = ١٤٩٧ - ١٥٤٧ م) محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني، أبو عبد الله، المعروف بالحطاب: فقيه مالكي، من علماء المتصوفين. أصله من المغرب، ولد واشتهر بمكة، ومات في طرابلس الغرب.

من كتبه (قرة العين بشرح ورقات إمام الحرمين - خ) في الأصول، و (تحرير الكلام في مسائل الالتزام - ط) و (هداية السالك المحتاج - خ) في مناسك الحج، و)تفريح القلوب بالخصال المكفرة لما تقدم وما تأخر من الذنوب - ط) و (مواهب الجليل في شرح مختصر خليل - ط) ست مجلدات، في فقه المالكية، و (شرح نظم نظائر رسالة القيرواني، لابن غازى - خ) ورسالة في (استخراج أوقات الصلاة بالأعمال الفلكية بلا آلة - خ) وجزآن في (اللغة) و (تحرير الكلام - خ) فقه/الموقع الرسمي للمكتبة الشاملة

(٣)- الحطاب، **مواهب الجليل،** ١٦/٤.م س

(٤)- القرطبي، م —س، ٣ و ٧٥/٤.

ويمثـــل هذا الاتـــجاه السدي، جاء في جـــامع البيان: "وذكـــر السدي أن المأمـــور بذلك الرجل والمرأة "[1]. وهو قول ابن عباس ومال إليه الشافعي.

ومفهوم هذا الاتجاه أن الزوجين ذاتهما هما اللذان يتحملان مسئولية الحفاظ على استمرار الحياة الزوجية، ويتعين عليهما بناء على ذلك أن يبادرا عندما يحتدم أي نزاع جدي بينهما إلى انتداب حكم من الزوج وآخر من طرف الزوجة، ليتوسطا بينهما ويحاولا رد الأمور إلى نصابها. وهذا الأمر يتطلب درجة عالية من الوعي بالمسئولية الزوجية، والقدرة على تملك النفس عند الغضب.

وبعد أن علمنا أن المخاطبين بهذه الآية عند أكثر العلماء هم الحكام أو القضاة الذين يمثلونهم في حل النزاعات بين الناس، يحق لنا أن نتساءل عن حقيقة الحكمين ؟ أو بعبارة أخرى: هل هما وكيلان، أم حاكمان ؟

المبحث الثاني:
حقيقة الحكمين (أو صفتهما القانونية)

يعتبر موضوع حقيقة الحكمين منشأ الاختلاف بين الفقهاء فيما يتعلق بالتطليق بسبب الشقاق والضرر، وقد اختلف فيه الفقهاء كذلك إلى قولين: قول يعتبر الحكمين بمثابة حاكمين وهذا ما سيتم التعرف عليه في المطلب الأول، وقول آخر يعتبرهما مجرد وكيلين عن الزوجين وهو محور المطلب الثاني.

المطلب الأول: اعتبار الحكمين حاكمين

يرى أصحاب هذا القول أن الحكمين يعتبران حاكمين، وهذه هي صفتهما، لذلك فإن لهما سلطة الجمع بين الزوجين، وذلك بالإصلاح فيما بينهما، كما لهما التفريق بينهما إن رأيا ذلك، سواء بعوض أو بغير عوض، ودون حاجة إلى توكيل الزوجين لقوله تعالى: ﴿ **فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا** ﴾ فسماهم الله تعالى حكمين و لم يعتبر رضاهما[2].

وهذا ما نص عليه فقهاء المالكية.

---

(١)- ابن جرير الطبري، **جامع البيان**، م-س، ٧٠/٥

(٢)- ابن قدامة، **المغني**، ١٦٨/٨.م س

قال ابن العربي : "هذا نص من الله سبحانه وتعالى في أنهما قاضيان لا وكيلان، وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا بين الله سبحانه كل واحد منهما فلا ينبغي لشاذ، فكيف لعالم، أن يركب معنى أحدهما على الآخر، فذلك تلبيس وإفساد للأحكام، وإنما يسيران بإذن الله، ويخلصان النية لوجه الله، وينظران فيما عند الزوجين بالتثبت، فإن رأيا للجمع وجها جمعا، وإن وجداهما قد أنابا تركاهما"[١].

وجاء في الشرح الصغير: "ولو قيل: إنهما وكيلان لاحتيج إلى رضاهما لأن الوكيل لا يفعل إلا ما فيه رضا الموكل"[٢].

المطلب الثاني: اعتبار الحكمين وكيلين

على خلاف أصحاب الرأي الأول، فإن أصحاب هذا الرأي يرون أن الحكمين وكيلان فقط عن الزوجين، ولا يملكان سلطة التفريق ولا الجمع إلا بإذنهما.

قال الجصاص: "ليس للحكمين أن يفرقا إلا أن يرضى الزوج، وذلك لأنه لا خلاف أن الزوج لو أقر بالإساءة إليها لم يفرق بينهما، ولم يجبره الحاكم على طلاقها قبل تحكيم الحكمين، وكذلك لو أقرت المرأة بالنشوز، لم يجبرها الحاكم على خلع، ولا على رد مهرها، فإذا كان كذلك حكمهما قبل بعث الحكمين، فكذلك بعد بعثهما لا يجوز إيقاع الطلاق من جهتهما من غير رضا الزوج وتوكيله، ولا إخراج المهر عن ملكها من غير رضاها، فلذلك قال أصحابنا[٣] ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضا الزوجين إن كان التفريق عن طريق الخلع؛ لأن الحاكم لا يملك ذلك، فكيف يملكه الحكمان، وإنما الحكمان وكيلان لهما: أحدهما وكيل المرأة، والآخر وكيل الزوج في الخلع أو في التفريق بغير جعل، أي بغير بذل من الزوجة إن كان الزوج قد جعل لوكيله ذلك"[٤].

---

(١)- ابن العربي، **أحكام القرآن**، ٤٢٤/١.م س

(٢)- العدوي، **حاشية العدوي** بجانب شرح الخرشي على مختصر خليل، دار الفكر، ٩/٤.

(٣) – أي الحنفية

(٤) – الجصاص، **أحكام القرآن**، ١٩١/٢.

الترجيح:

ولعل قول أصحاب الرأي الأول هو الراجح، ذلك أن الحكمين قاضيان وقرارهما ملزم للزوجين ولا يحتاجان إلى الرجوع إليهما، وهذا ما رجحه ابن قيم الجوزية[1].

وخلاصة هذا الرأي في إيجاز أن للحكمين صلاحية اتخاذ ما يريانه مناسبا لحل الخلاف بين الزوجين دون الحاجة إلى وكيلهما ورضاهما، وذلك إما بالجمع بينهما في حالة تمكنهما من تحقيق الصلح، أو التفريق بينهما في حالة تعذر تحقيقه.

المبحث الثالث: شروط الحكمين

إن الحكم الذي يباشر هذه المهمة لا يكون حكما ناجحا في مهمته إلا إذا توفرت فيه شروط معينة، وتميز بخصال تؤهله لمثل هذا العمل، ومجمل هذه الشروط: الإسلام والتكليف، والعدالة، والذكورة، وفهم المقصد الذي وجه إليه، وهذه الشروط مشروعة لحكم جليلة:

- شرط الإسلام: لأن الحكم في مهمته بمثابة السلطان، وبالأخص عند من يقول: إن للحكمين أن يجمعا ويفرقا حسبما اقتضت المصلحة، ولو من غير رضا الزوج [2].

- أما اشتراط التكليف؛ فغير البالغ لا يعتبر من أهل الرأي والنظر، خاصة في مثل هذه الأمور التي لا يفقهها إلا من خبر الحياة الزوجية ومشاكلها.

- واشتراط العدالة قائم؛ لكون الفاسق لا يؤمن جانبه، إذ قد يزيد في الخلاف أكثر مما يصلح.

---

(١) - انظر: **زاد المعاد**، م-س، ١٩١/٥.

(٢)- **التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة**، سلسلة الدراسات القانونية العدد١١ص١١٣ط٢٠٠٦/١/١.

- أما اشتراط الذكورة؛ فلما يمتاز به الرجل عادة من التأني وحسن التدبير والتفكير، والمهمة تستدعي ذلك.

قال القرطبي: "والحكمان لا يكونان إلا من أهل الرجل والمرأة؛ إذ هما أعرف بأحوال الزوجين"[1].

وقال الزمخشري: "وإنما كان بعث الحكمين من أهلهما؛ لأن الأقارب أعرف ببواطن الأحوال، وأطلب للصلح، وإنما تسكن إليهم..الزوجين ويبرز إليهم ما في ضمائرهما من الحب والبغض وإدارة الصحبة، وموجبات ذلك ومقتضياته وما يزريانه [2] عن الأجانب، ولا يحبان أن يطلعوا عليه ".[3]

وجاء في التفسير الكبير: "قال الشافعي: والأولى أن يكون واحد من أهله وواحد من أهلها؛ لأن الأقارب أعرف بحالهما من الأجانب وأشد طلبا للصلاح، فإن كانا أجنبيين جاز"[4].

لكن هل بعثهما من الأهل –وإذا توفرت الشروط السابقة الذكر- شرط في صحة تولي هذه المهمة، أم أن ذلك على سبيل الاستحباب والأولوية فقط ؟

إن بعث الحكمين من أهل الزوجين شيء مجمع عليه، إلا إذا لم يوجد من يصلح لهذه المهمة من الأسرتين.

قال ابن رشد الحفيد: "وأجمعوا على أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين، أحدهما من قبل الزوج والآخر من قبل المرأة، إلا أن لا يوجد في أهلهما من يصلح لذلك، فيرسل من غيرهما"[5].

إلا أن ذلك مقيد بعدم وجود حكمين من الأهل، جاء في الشرح الصغير: "فإن بعث أجنبيين مع الإمكان ففي نقض حكمهما تردد، والظاهر نقضه؛ لأن ظاهر الآية أن كونهما من الأهل واجب شرط كما في التوضيح"[1].

---

(١)- القرطبي **الجامع لأحكام القرآن** ٥/م س١٧٥.

(٢)- زرى زريت عليه وزرى عليه زريا وزراية، عابه وعاتبه، **لسان العرب**، م-س، ١٨٣٠/٣١.

(٣)- الزمخشري، **الكشاف عن حقائق التتريل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل**، دار الفكر، د.ت.١/ ٥٢٥.

(٤)- الرازي، **التفسير الكبير**، دار الفكر، د.ت، الجزء العاشر: ٩٦/٥.

1- ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار الجيل، بيروت، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة، الطبعة الأولى ١٩٨٩ ١٦٥/٢.

وفي حاشية الدسوقي: "لا يجوز بعث أجنبيين مع الإمكان، فإن بعثهما مع الإمكان ففي نقض حكمهما تردد، فإن لم يمكن كونهما معا من الأهل، بل واحد فقط من أهل أحدهما والثاني أجنبي، فقال اللخمي[٢]:ضم له أجنبي"[٣].

هذه هي الشروط اللازم توفرها في الحكمين، لكن ما هي الغاية التي ينبغي على الحكمين أن يسعيا إلى تحقيقها في عملهما ؟

المبحث الرابع: وظيفة الحكمين

إن وظيفة الحكمين ينبغي أن تستهدف تحقيق هدفين أساسين:

الأول: إصلاح ذات البين بين الزوجين وهذا ما ستتم الإشارة إليه في المطلب الأول.

الثاني: التفريق بينهما عند استعصاء الإصلاح وعدم القدرة عليه، وهو ما سيكون محور المطلب الثاني.

المطلب الأول: إصلاح ذات البين بين الزوجين

الأصل في بعث الحكمين أن يقوما ببذل جهدهما لإصلاح ما بين الزوجين، بعد أن يعرف كل منهما –أي الحكمين– سبب النزاع من صاحبه، وما يطلبه منه، ثم يجتمع الحكمان ويقرران فيما بينهما ما يجب اتخاذه لإعادة الصفاء والمودة بين الزوجين.

فإن وجدا أن الزوج مذنب حملاه المسئولية وزجراه، وما إلى ذلك من طرق ووسائل، لحمله على الرجوع عن معاملته السيئة مع زوجته.

2- الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** وبهامشه حاشية محمد الصاوي، دار المعارف، ج:٥١٣/٢.

(٢) اللخمي: احمد بن علي الربعي القيرواني أبو الحسن اللخمي من فقهاء المذهب المالكي (المدرسة المغربية).. حاز رئاسة بلاد إفريقية جملة، وتفقه به جماعة السِّفَاقُسيين. كان مغرىً بتخريج الخلاف ويخالف المذهب وقواعده وهو التجديد في فقه الإمام مالك، وهو باعث الحركة العلمية في بلاد المغرب توفي بصفاقس سنة ثمان وسبعين وأربعمائة ((٤٧٨هـ(موقع ويكبديا الموسوعة الحرة

(٣) – الدسوقي، **حاشية الدسوقي** على الشرح الكبير، ٣٤٤/٢.

وإن كانت الإساءة من الزوجة، ناصحاها أيضا وخوفاها من جراء استمرارها بهذه المعاملة، من عقوبة الله، وأن الله أمر الزوجين أن يراعيا ما فرضه على كل منهما تجاه الآخر، ثم يأتمن الحكمان الزوجين على بعضهما، بعد أن يتم الإصلاح بينهما[1].

ويتضح من خلال ما سبق أن إصلاح ذات البين بين الزوجين يكون بالتعرف على أسباب التزاع بينهما، ومعرفة مصدر الشقاق، ومن الطرق الجيدة لتحقيق ذلك، اختلاء الحكمين بالزوجين ومساءلتهما عما في نفسيهما.

المطلب الثاني: التفريق بين الزوجين عند تعذر الإصلاح

إذا تعذر الوفاق والإصلاح بين الزوجين، ولم ينفع الوعظ والتذكير، واستعصى حل أسباب الشقاق والتزاع بينهما، فإن الحل الوحيد يبقى هو التفريق بينهما. وهذا ما نص عليه فقهاء المالكية، وهذه خلاصة موقف الفقه المالكي في ذلك:

"إذا حدث الشقاق والخلاف بين الزوجين، وأشكل أمر معرفة مصدره [2]، وادعت الزوجة إضرار الزوج بها وتكررت شكواها، إلا أنها لم تستطع إثبات ما تدعيه، وكذلك إذا ادعى كل منهما إضرار الآخر به، وتكررت الشكوى منهما وعجزا عن إثبات ما يدعيانه، فإن القاضي يسكنهما بين قوم صالحين، فإن استمر الإشكال بعد التسكين أو عند تعذره، فإنه يتم بعث

(١) – عبد الرحمن الصابوني، **مدى حرية الزوجين في الطلاق**، دار الفكر، ١٩٦٨/١٩٦٨.ط/٢

(٢)– جاء في المدونة: "قال مالك: الأمر الذي يكون فيه الحكمان، إنما ذلك إذا فتح ما بين الرحل وامرأته حتى لا يثبته بينهما بينة ولا يستطاع أن يتخلص إلى أمرهما، فإذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلا من أهلها، ورجلا من أهله عدلين، فنظرا في أمرهما واجتهدا، فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما، وإلا فرق بينهما" **المدونة الكبرى** للإمام مالك، م–س، ٢٥٤/٢.

حكمين لتقصي أحوال الزوجين، والعمل على إزالة الخلاف بينهما، وإذا عجزا عن الإصلاح فعليهما التحري لمعرفة من المسيء منهما"[١].

فإن تبين أن الزوج هو المسيء و لم ترض الزوجة بالإقامة معه وطلبت التطليق، طلقا عليه خلعا لظلمه لها، و لم تقر عنده على الظلم وعلى صحبتها بالمنكر[٢].

وإن تبين لهما أن الإساءة من جانب الزوجة، ائتمناه عليها وأوصياه بالصبر وحسن المعاشرة، وهذا في حالة عدم رغبة الزوج في فراقها.

أما إذا أراد ذلك أو علم الحكمان أن الزوجة لا تستقيم معه، فرقا بينهما على عوض وذلك حسب اجتهادهما، ولو زاد على الصداق[٣].

أما إذا تبين للحكمين أن كل واحد من الزوجين مضر بصاحبه، فإنه يفرق بينهما على بعض الصداق، وعلى هذا أكثر مشايخ المالكية[٤].

وفي قول آخر عند المالكية أن العبرة بأكثر الإساءة: فإذا كانت إساءة الزوج أكثر، فالتفريق يكون بلا عوض، وإن كانت الإساءة من جانب الزوجة أكثر، فالتفريق يكون بعوض، كما لو كانت هي المسيئة من كل الوجوه؛ إذ الأكثر -على هذا القول- يأخذ حكم الكل[٥].

وتفريق الحكمين يكون طلاقا بائنا.

جاء في أحكام القرآن: "إذا حكما بالفراق، فإنه بائن لوجهين: أحدهما كلي والآخر معنوي:

أ- أما الكلي فكل طلاق ينفذه الحاكم فإنه بائن.

ب- الثاني: أن المعنى الذي لأجله وقع الطلاق هو الشقاق، ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق كما كان أول دفعة، فلم يكن ذلك يفيد شيئا فامتنعت الرجعة لأجله"[٦].

2- **حاشية الدسوقي** على الشرح الكبير للدردير، م-س، ٣٤٤/٢

3- الدردير، **الشرح الكبير**، م-س، ٣٤٥/٢.

(٣)- **شرح الخرشي على مختصر خليل** ١٠/٤.

(٤)- الدردير، **الشرح الكبير**، ٣٤٥/٢، والخرشي على خليل، ١٠/٤، **ومنح الجليل شرح على مختصر خليل**، لمحمد عليش، دار الفكر، بيروت، ط/١ ١٩٨٤، ٥٥٢/٣.

1- العدوي، **حاشية العدوي** بهامش شرح على مختصر خليل، ٩/٤.

2- ابن العربي، **أحكام القرآن**، ٤٢٥/١.

وعلى كل فسواء كانت الفرقة على عوض أو بدون عوض، فإن الزوجة تملك نفسها بها ويمتنع على الزوج مراجعتها؛ لأنها شرعت درءا للشقاق[1].

وبعد أن تم استعراض مواقف الفقه الإسلامي عموما، والفقه المالكي على وجه الخصوص من التطليق بسبب الشقاق والضرر والأحكام المتعلقة به، سيتم التطرق لموقف التشريع المغربي في الموضوع، وكذلك لموقف بعض قوانين الأحوال الشخصية، وخاصة العربية منها.

(١)- محمد عبد الرحمن شميلة الأهدل، **أضواء على شقاق الزوجين**، ١/ ٣٠. مكتبة الطالب الجامعي تاريخ النشر ١٩٦٨.

الباب الثاني:

التطليق بسبب الشقاق والضرر في القانون المغربي

على غرار الفقه المالكي، فإن المشرع المغربي كغيره من التشريعات العربية، قد أخذ بالشقاق والضرر واعتبر كلا منهما سببا مبررا لطلب التطليق، وإن كان لم ينص على الشقاق إلا بمقتضى مدونة الأسرة الجديدة [1].

وتناول موضوع التطليق بسبب الشقاق والضرر في القانون المغربي—وطبعا مقارنا ببعض التشريعات العربية- سيكون انطلاقا من محاولة تحديد بعض صور الإضرار الواردة فيها (الفصل الأول) وذلك بالتركيز على مواقف الاجتهاد القضائي، الذي أضاف بعض الشروط لاعتبار الضرر محققا فعلا بكل ما يرتبه من آثار قانونية.

وسيتم التركيز على شرط تعذر استمرار الحياة الزوجية، على أساس أن يتم الحديث بعد ذلك بنوع من التفصيل عن أهم الإشكاليات التي يثيرها موضوع التطليق للشقاق والضرر، ألا وهي إشكالية الإثبات، وذلك باستعراض مختلف الوسائل التي تعتمد في إثبات الضرر.

وسيتضح أن المشرع المغربي تنبه إلى ما يثيره الإثبات من صعوبة، فخول الزوجة في حالة العجز عن إثبات الضرر اللجوء إلى مسطرة الشقاق، (الفصل الثاني).

ومن أبرز المستجدات الواردة في مدونة الأسرة ذات الصلة بموضوعنا، التنصيص على سبب آخر يعتبر من الأضرار المبررة للتطليق، ويتعلق الأمر بالإخلال بشرط من شروط عقد الزواج.

وتناولنا لهذا المستجد سيكون من خلال التطرق باختصار للشروط التي تقترن بعقد الزواج والضرر الناتج عن الإخلال بها، وما يثيره ذلك من إشكاليات عملية(الفصل الثالث).

كما سنحاول الوقوف على مختلف الإجراءات المسطرية المتبعة في دعوى التطليق بسبب الشقاق والضرر (االفصل الرابع).

---

(١) – وذلك في الباب الأول من القسم الرابع في المواد ٩٤-٩٥-٩٦-٩٧.

الفصل الأول:

صور الإضرار في القضاء المغربي

لا بد بادئ ذي بدء من الإشارة إلى أن مفهوم الضرر في نطاق العلاقات الزوجية واسع جدا ولا يقبل أن يخضع للحصر، وأن ما تعتبره القوانين صراحة من صور الضرر إنما هي مجرد نماذج لحالات الضرر الغالبة، فهي واردة على سبيل المثال فقط لا الحصر.

فإذا رجعنا إلى الأسباب التي تبرر التطليق في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة فسنجد أنها عبارة عن صور مختلفة للضرر [1] بمفهومه الواسع.

لقد ذهب المشرع المغربي إلى عدم تحديد الأضرار التي تخول التطليق، لذلك سيتم استعراض بعض الصور التي أوردها الاجتهاد القضائي (المبحث الأول) هذا الأخير الذي أضاف شروطا أخرى للضرر المبرر للتطليق لم ينص عليها المذهب المالكي، ومن هذه الشروط تعذر استمرار الحياة الزوجية، وسنحاول الحديث عن هذا الشرط وعن العناصر المعتمدة من لدن القضاء لاستخلاصه (المبحث الثاني).

(١)- التطليق للضرر: ينص الفصل ٥٦ على أنه: (١) إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهم وثبت ما ادعته وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقه عليها. (٢) إذا رفض طلب التطليق وتكررت الشكوى و لم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين للسداد بينهما.

المبحث الأول: الصور العملية للإضرار

من خلال استعراض النصوص المنظمة للتطليق بسبب الشقاق والضرر، سواء في مدونة الأحوال الشخصية السابقة، أو مدونة الأسرة الجديدة، يتضح أن المشرع المغربي لم يبين الضرر الذي تستحيل معه العشرة، ولعله ترك ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع(١).

ومن صور الضرر التي قررها القضاء المغربي والعربي:

- الضرب المبرح والاتهام بعدم البكارة، وفي هذا الإطار قرر المجلس الأعلى في قراره عدد ٩٨٧ الصادر بتاريخ ١٨ أكتوبر٢٠٠٠ (ملف شرعي عدد ٩٨/٢/٣٢١) الحكم بالتطليق للضرر للعنف الممارس على الزوجة والمؤيد بشهادة طبية ولفيف يشهد شهوده بوجود ضرر معنوي جسيم لحق بالزوجة يوم حفل دخول زوجها بها وإهانته لها بألفاظ نابية (٢).
- ومن صور الأضرار كذلك الخيانة الزوجية، واتهام الزوجة بها(٣)، وقد نقض المجلس الأعلى حكما لقاضي الموضوع؛ لكون هذا الأخير اعتبر اتهام الزوجة بالخيانة الزوجية لا يشكل ضررا بها ولا يبيح التطليق(٤).

1- **الوسيط في قانون الأحوال الشخصية** محمد الكشبور ٤٢٠/١ م س

(٢)- قضاء المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة ٢٠٠٣ العدد المزدوج: ٦٠-٥٩ السنة: ٢٤ (يناير – يوليوز ٢٠٠٢)، الصفحة ١٧٤.

-(٣) وهذا ما أقره كل من المشرع الفرنسي والإنجليزي: حيث إن المشرع الفرنسي كان يعتبر الزنا سببا حاسما للتطليق، إلا أنه وبموجب القانون الجديد المنظم للتطليق والصادر في ١١ يوليو ١٩٧٥، فإنه أصبح سببا اختياريا وخرقا لواجب الإخلاص بين الزوجين. محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى ٢٠٠١، الصفحة، ٢٩٠، أما المشرع الإنجليزي بمقتضى الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون ١٩٦٩، صلاح الدين زكي، فكرة سبب التطليق، دراسة مقارنة في القانونين الإنجليزي والفرنسي: بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع، الصفحة ٨٧.

4- في قراره رقم ٨٤٤ الصادر بتاريخ ٢١ يوليوز ١٩٨٧ (ملف أحوال شخصية عدد ٨٧/٥٠٧٩) (من أهم قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية من ١٩٦٧ إلى ٢٠٠٠) اللجنة الاستشارية الخاصة بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية (د.ت.مط).

- ومن الأضرار المبررة للتطليق كذلك السكر المستمر والاتجار بالمخدرات والقذف أمام الناس والاعتداء على المال[1] وكذلك إتيان المرأة في غير موضع الحرث [2].
- ومن صور الضرر الأخرى التي أضافها القضاء المغربي، حسب ما ذهب إليه المجلس الأعلى: الكفاءة في الدين وسوء السيرة، وذلك في قراره رقم ٦٧٤ الصادر بتاريخ ٣١ مايو ١٩٩٤.

ومن المبادئ القانونية التي ركز عليها هذا القرار: ".........المرأة المتدينة إذا عقد عليها زوجها ثم تبين لها أنه فاسق، فإن من حقها المطالبة بتطليقها عن طريق القضاء".[3]

"إن الكفاءة في التدين أساسية في النكاح؛ لأنها أساس السعادة الزوجية والتي لا تتأتى إلا بالاستقرار النفسي والتحابب والتودد، وهذا لن يحصل إلا إذا كانت الاستقامة رائد الزوجين، خاصة وأن انعكاساتها تتجاوزهما إلى الأبناء"[4].

وقد انتقد أحمد زوكاغي هذا القرار، والأحكام الصادرة في قضية مماثلة له بعدم تحديده لطبيعة الفسق الذي يخول للزوجة المطالبة بالتطليق خصوصا وأن للفسق معنى محدد، كما أن القرار لم يتضمن بعض الإشارات بشأن الأعمال التي تعتبر فسقا، حتى يتسنى الاستئناس بها من لدن الفقه والمحاكم الأخرى[5].

1- محمد الكشبور، **قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات ١٩٩٣**، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثالثة ١٩٩٦، ١/ ٣٠٦.

2- جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية: "إتيان الزوج زوجته في غير موضع الحرث يشكل ضررا لا تستقيم به العشرة ويوجب التفريق عند ثبوته..." طعن رقم ١٩ سنة ٤٥ جلسة ٣ نوفبر ١٩٧٦، معوض عبد التواب، الصيغ الشرعية لدعاوي الأحوال الشخصية، منشأة المعارف الإسكندرية طبعة ١٩٨٦، ١/ ٢٥٤.

(٣)- قرار المجلس الأعلى عدد ٦٧٤ بتاريخ ١٩٩٤/٥/٣١.

(٤)- أحمد زوكاغي، التطليق للضرر من خلال الحكم الصادر عن المجلس الأعلى يوم ٣١ مايو ١٩٩٤، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، مطبعة الأمنية، الرباط، العدد ٣٣ يناير ١٩٩٨، الصفحة ١٣٧.

(٥)- أحمد زوكاغي، المقال السابق.

ومن بين الصور المشكلة للإضرار بالزوجة التي أثارت الكثير من الجدل -وخاصة بمصر- الاقتران بزوجة أخرى[1] حيث يحق للزوجة المتزوج عليها طلب التطليق للضرر ولو لم تشترط عليه ذلك في عقد الزواج، لكن شريطة أن تثبت أنه لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة.

جاء في الفقرة الثانية من الفصل الثلاثين من مدونة الأحوال الشخصية السابقة: "للمتزوج عليها إذا لم تكن اشترطت الخيار أن ترفع أمرها للقاضي لينظر في الضرر الحاصل لها"، أما إذا كانت قد اشترطت الخيار فلها الحق في طلب فسخ العقد طبقا للفصل ٣١ من نفس المدونة. وهو نفس ما ذهب إليه القانون المصري بعد التعديل رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥[2].

وقد اشترط كل من القانونين المصري والمغربي للأخذ بالتزوج على المرأة كسبب للتطليق أن تكون الزوجة متزوجة بعقد صحيح، وأن يترتب عن هذا الزواج ضرر مادي أو معنوي، وأن يكون الضرر حقيقيا يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما.

وقد أثار هذا الموضوع الكثير من الجدل بين مؤيد لاعتباره سببا مبيحا للتطليق للضرر، وبين معارض لذلك، ونسوق في هذا الإطار قولين لكتاب مصريين يمثلان كل اتجاه من هذين الاتجاهين[3].

يقول أحمد محمود الشافعي: "ثم إنه بقليل من التأمل نجد أن إعطاء الزوجة حق طلب التفريق إذا تزوج زوجها سواها بدون رضاها ليس في مصلحتها ولا مصلحة أسرتها، فالمرأة بطبيعتها سريعة الانفعال، شديدة التأثر، تقودها عواطفها وتحركها مشاعرها، فهي -بلا شك- ستفقد اتزانها وحكمتها حين تعرف أن زوجها تزوج بسواها، فتتسرع بطلب التفريق فتهدم بيدها صرح أسرتها وتجني بتهورها على أطفالها.

يضاف إلى ذلك أن هذا النص سيفتح بابا واسعا للتحايل والوقوع في الحرام حين يلجأ الكثيرون إلى الزواج العرفي، فإذا ما انكشف الأمر لجأوا للتخلص من المسئولية القانونية إلى إنكار

---

(١)- ولو أن الاقتران بزوجة أخرى أمر نادر، بل وفي انخفاض مستمر لعوامل اقتصادية واجتماعية ودينية.

(٢)- وذلك في المادة ١١ والتي جاء فيها: "... ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما، ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها..."

3- وذلك لكون هذا الجدل أثير أكثر داخل مصر، وتم التنصيص بصريح العبارة على اعتباره ضررا مبيحا للتطليق في المادة ١١ السابق ذكرها.

الزواج، وادعاء اتخاذ الخليلات والرفيقات، إننا نرى حذف هذا النص[1] من القانون ليكون متفقا مع قواعد الشرع الإسلامي"[2].

ويقول أحمد إبراهيم بك[3] : "وأرى من واجبي أن أضيف إلى ما تضمنته المذكرة الإيضاحية وتقرير اللجنة المشتركة أن الشريعة الإسلامية أباحت تعدد الزوجات إلى أربع، ولكنها لم تأمر بالتعدد، وقرر الفقهاء أن الزواج الأمثل هو اقتصار الرجل على زوجة واحدة حتى أنهم أطلقوا على الإخوة الأشقاء "بني الأعيان" وعلى الإخوة لأب "بني العلات" أي بني الضرائر، وتعليل هذه التسمية أن الإخوة الأشقاء هم خيار الإخوة"[4].

ولعل هذا القول مخالف للصواب، وذلك لكون الاقتران بزوجة أخرى لا يعد في حد ذاته غير جائز، ولا يشكل إضرارا بالزوجة، كما يقول الدردير في الشرح الكبير: "وليس من الضرر تزوجه عليها"[5]، وطبعا ما لم يكن ذلك بدون علم الزوجة الأولى، وما لم يلحق بها أضرارا فادحة، وما لم يعمد الزوج إلى مخالفة القيود والضوابط الشرعية المنظمة للتعدد، والمتمثلة في القدرة المادية والمعنوية وتحقيق العدل بين الزوجات، ولنا في رسول الله -صلى الله عليه وسلم- القدوة الحسنة في ذلك.

وما نلاحظه من الأضرار التي تنتج عن الاقتران بزوجات أخريات في مجتمعاتنا إنما هو ناتج عن عدم التقيد بهذه الضوابط.

---

(١) - أي المادة ١١ من **القانون المصري** رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

(٢)- أحمد محمود الشافعي، **الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية**، دار الهندي للمطبوعات الإسكندرية، طبعة ١٩٩٧، الصفحة ١/١١٣

(٣) ابراهيم بك :اديب الفقهاء أوفقيه الأدباء تولى مناصب عدة فكان مدرِّساً للفقه الإسلامي في مدرسة القضاء الشَّرعي، وأستاذاً مساعداً للشَّريعة الإسلامية في مدرسة الحقوق فيما بعد، ثم في كلِّية الحقوق في الجامعة المصرية، له عدَّة كتب وبحوث في الفقه.موقع ويكيبديا الموسوعة الحرة

(٤)- أحمد إبراهيم بك، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون**، مطبعة الحز بوطلي، طبعة ١٩٩٤ الصفحة١/ ٤٥٠.

5- الدر دير، **الشرح الكبير**، الجزء الثاني، الصفحة: ٣٤٥.

هذه بعض الصور التي أفرزها الاجتهاد القضائي الذي يشترط أن يكون الضرر المبرر للتطليق مما يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، فما هو مضمون هذا الشرط ؟ وما هي العناصر التي يعتمد عليها القاضي في استخلاصه هذا الشرط ؟

المبحث الثاني:

اشتراط تعذر استمرار الحياة الزوجية، في الضرر المبرر للتطليق

من الأمور النادرة أن نجد زواجا خاليا من الأسباب والحالات التي يتحقق معها ضرر بكيفية أو بأخرى لأحد الزوجين، فالسنوات الطوال التي يقضيانها جنبا إلى جنب، لابد أن تتخللها إساءة من أحدهما وهفوات من الآخر، ولذلك فإن الضرر اليسير والهفوات التافهة المألوفة بين أغلبية الأزواج لا تكون سببا مبررا للطلاق؛ لأن العشرة الزوجية تتطلب نوعا من التضحية، وتقتضي تنازلات متبادلة، وغض الطرف عن بعض التوافه المألوفة، لذلك فإن الضرر الذي يخول الزوجة طلب التطليق هو الضرر غير العادي، الذي لا يمكن معه الاستمرار في الحياة الزوجية[١].

وقد سبقت الإشارة إلى هذه النقطة عند الحديث عن الضرر المبرر للتفريق لذلك نحيل عليها تجنبا للتكرار.

---

(١)- وهو ما نصت عليه مدونة الأحوال الشخصية السابقة في الفقرة الأولى من الفصل السادس والخمسين، ومدونة الأسرة الجديدة في المادة ٩٩. وكذلك المادة السادسة من القانون المصري رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، والمادة ١١٢ من القانون السوري، والمادة الأربعون من القانون العراقي السابق (قبل الأحداث الأخيرة)، والمادة ١٣٢، من القانون الأردني، والمادة ١٢٦، من التشريع الكويتي، والمادة ٥٣ من القانون الجزائري.

الفصل الثاني:
إثبات الضرر

الأصل في جميع الدعاوى أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي مصداقا لقول النبي – صلى الله عليه وسلم-:(**البينة على المدعي**)[1] وتطبيقا للمبدأ القانوني السائد بناء على نفس الحديث.

ومعلوم أن قواعد الإثبات تقوم على التمييز بين إثبات الوقائع المادية وإثبات الوقائع القانونية، ذلك أن مجال إثبات المسائل القانونية ضيق، إذ لا يثبت إلا بما يحدده القانون من وسائل، أما إثبات الوقائع المادية فمجال إثباتها واسع جدا، إذ تثبت بكافة وسائل الإثبات؛ لأن طبيعة هذه الوقائع لا تقبل استلزام نوع معين من الأدلة.

ومن المسلم أن الضرر يعتبر مجرد واقعة مادية –وليس مسألة قانون– مما يجوز معه لمدعي الضرر أن يثبته بكافة وسائل الإثبات القانونية المسموعة أمام القضاء[2].

(١)- جزء حديث أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، ص- س، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، ج: ٣، حديث رقم: ١٧١١. والترميذي في سننه، دار الفكر بيروت، د- ت، تحقيق وتخريج وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ج:٣، حديث رقم: ١٣٤١، ص: ٦٢٣٦، وابن ماجة في سننه، دار إحياء التراث العربي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الأحكام، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه من رواية أبي مليكة، د- ت، المجلد: ٢، حديث رقم: ٢٣٢١، ص: ٧٧٨.

(٢)- بما في ذلك الشهادة والإقرار والقرائن: "فالشهادة هي القول الصادر عن علم حصل بالمشاهدة ــ ولهذا قيل: إنها مشتقة من المشاهدة التي هي بمعنى المعاينة" العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء طبعة ١٩٨١، ١/ ٩٧ د–ت أما الإقرار فهو: "اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد" السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٦٨، ٢/ ٤٧١.

أو هو: "اعتراف شخص بأمر مدعى عليه به لآخر قصد اعتبار الأمر ثابتا في ذمته وإعفاء الآخر من إثباته سواء كان هذا الأمر حقا معينا، أو واقعة قانونية يترتب عليها نشوء حق أو انقضاؤه أو تعديله" سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنيات الدول العربية، عالم الكتب، مصر،:١، / ٤٧٩.

ويعتبر عنصر الإثبات من أبرز الإشكاليات التي يثيرها موضوع التطليق للضرر.

وكما تمت الإشارة لذلك، فإن الفقه المالكي يأخذ في هذا الإطار بالشهادة بشكل كبير وخاصة شهادة السماع الفاشي، وهو نفس ما سار عليه المشرع المغربي[1].

لذلك ستتم المحاولة من خلال هذا المبحث الوقوف على بعض الوسائل المعتمدة من لدنه في إثبات الضرر، وإن كان قد نص على الإثبات بجميع الوسائل (المبحث الأول)، كما سيتم الوقوف على حالة عدم تمكن الزوجة من إثبات الضرر، هذه الحالة التي عالجتها مدونة الأسرة الجديدة بتشريعها لمسطرة جديدة ألا وهي مسطرة الشقاق، وستتم الإشارة للحالة التي تكون فيها هذه المسطرة مسطرة أصلية، والحالة التي تكون فيها مسطرة تبعية (المبحث الثاني).

أما القرائن فقد عرفها الفصل ٤٤٩ من قانون الالتزامات والعقود على أنها: "دلائل يستخلص منها القانون أو القاضي وقائع مجهولة " واعتبر حسن الفكهاني بأنها: "طريق للإثبات غير مباشر لأن الخصم لا يثبت فيها الواقعة ذاتها محل النزاع، بل واقعة أخرى متصلة بها يرى القانون أو القاضي أن في إثباتها إثبات للواقعة الأولى، فيكون الخصم قد أثبت الواقعة الثانية إثباتا مباشرا، وأثبت الواقعة الأولى – وهي الواقعة محل النزاع- إثباتا غير مباشر". حسن الفكهاني، التعليق على قانون الالتزامات والعقود المغربي في ضوء الفقه والقضاء، إصدار الدار العربية للموساعات، الطبعة الأولى ١٩٩٣، ١٩٩٢،: 1/72

(١)- وسنقتصر على موقف المشرع المغربي في تناولنا لكيفية إثبات الضرر على اعتبار أن بعض الدول التي تأخذ بالتطليق بسببه قد خالفت المذهب المالكي في هذا الشأن وأحالت على أرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المصري في المادة ١٢٦ والتي نصت على أن إثبات الضرر يكون بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين بخلاف المذهب المالكي الذي لا يجيز شهادة النساء على الضرر، جاء في حاشية الدسوقي في معرض شرحه للبينة التي تثبت الضرر: "وهي هنا رجلان لا رجل وامرأتان ولا أحدهما مع اليمين"، حاشية الدسوقي، الجزء الثاني، الصفحة: ٣٤٥.

المبحث الأول:
الوسائل المعتمدة في إثبات الضرر

جاء في المادة ١٠٠ من مدونة الأسرة الجديدة: "تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة ".

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع المغربي يخول الزوجة إثبات الضرر الذي تدعيه بكل وسائل الإثبات، بما في ذلك القرائن والبينات، إضافة طبعا إلى الإقرار والمحررات التي يمكن أن تكون متوفرة في حالات خاصة.

والواقع أن وسيلة الإثبات التي يتم اعتمادها في غالب الحالات، هي شهادة الشهود الذين تقدم لائحة أسمائهم للمحكمة، بقصد استدعائهم للاستماع إليهم قانونا، وأحيانا يتم تلقي شهادتهم من طرف عدلين في صورة لفيفة عدلية توثق وتدلي بها الزوجة التي تدعي الضرر أمام المحكمة.

ومعلوم أن شهود البينة قد تكون شهادتهم واقعية وقفوا عليه وما عاينوه فعلا، وقد تكون في حالات أخرى مبنية على مجرد السماع الفاشي المستفيض.

وسيتم الاقتصار على شهادة السماع الفاشي، وما أضافه الاجتهاد القضائي المغربي من شروط بخصوص الإثبات بهذه الوسيلة (المطلب الأول).

وعلى بعض الوسائل المستحدثة المتمثلة في الشهادة الطبية (المطلب الثاني).

ومحاضر الشرطة القضائية والحكم الجنائي القاضي بإدانة الزوج المتهم (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الإثبات بشهادة السماع الفاشي

لقد ذهب الاجتهاد القضائي المغربي، إلى أنه لا تقبل شهادة السماع الفاشي لإثبات الضرر، إلا إذا شهد الشهود بأنهم يسمعون سماعا فاشيا، أن الزوج يضر بزوجته بأنواع الضرر من غير ذنب جنته، وهذا ما اعتبره المجلس الأعلى في القرار رقم ٢٥٤٦ الصادر بتاريخ ٢٠ مارس ١٩٨٤[1] والذي أكد صراحة استبعاد شهادة اللفيف التي أدلت بها المدعية، لسبب وحيد، وهو أنها شهدت بالضرر دون أن تزيد عبارة: **"من غير ذنب جنته"**، وهذا الشرط الذي أضافه القضاء المغربي يصعب تحقيقه، إذ يصعب الوقوف على تحققه لصعوبة التدخل في أمور الزوجين، كما أنه يضيف عبئا آخر في إثبات الضرر.

المطلب الثاني: الإثبات بالشهادة الطبية

إن الشهادة الطبية تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات التي تتعلق بإصابة المعتدى عليه

أو المصاب (المرأة هنا) بضرر معين في جسمها نتيجة الاعتداء الواقع عليها، إذن فهي وسيلة تثبت أن جسم المرأة به آثار للضرب، أو جروح أو عاهة في حالات الضرر الجسيم، وليس فيها ما يثبت أن هذه الآثار أو الجروح هي من فعل الزوج، وهي وسيلة لا تثبت العلاقة السببية بين اعتداء معين وضرر ثابت، بل تثبت فقط مدة الراحة أو مدة العجز التي تترتب للضحية عن الاعتداء أو الضرر المشهود به فقط، حيث تعتمد عليها النيابة العامة في التكييف القانوني للأفعال المقترفة من لدن المعتدي في حالة ضبطه، فهي بذلك تؤثر في طبيعة ونوع المتابعة ودرجة الجزاء الزجري.

ولذلك فإن الشهادة الطبية تثير جملة من التحفظات من طرف القضاء، لكون مصداقيتها أصبحت هشة، نظرا للظروف المشكوك فيها التي تسلم بمناسبتها، فضلا عن صعوبة إثبات العلاقة السببية بين الضرر ومن أحدثه.

ونظرا لهذه الصعوبات، فإن القضاة قليلا ما يعتمدون على الشهادة الطبية، لذلك تبقى هذه الشهادة مجرد قرينة بسيطة قابلة للبينة المعاكسة، وبالتالي يبقى على الزوجة تعزيزها بوسائل أخرى

(١) – قضاء المجلس الأعلى، دار النشر المغربية، العددان: ٣٧-٣٨، السنة الحادية عشر، يونيو ١٩٨٦ الصفحة ١٢٩.

تزيل الغموض والشكوك المحيطة بعلاقة السببية بين الإضرار التي تشهد بها الشهادة الطبية، وبين فعل الزوج الذي تطلب التطليق منه للضرر، إذا نسبت إليه فعل الاعتداء.

ومما يؤكد عدم اعتماد القضاء المغربي على الشهادة الطبية في إثبات الضرر مجموعة من الأحكام التي تسير في هذا الاتجاه [1].

إلا أنه ينبغي التنبيه إلى أن الصعوبات التي تطرحها الشهادة الطبية كوسيلة إثبات ينبغي أن لا تؤدي بالقضاة إلى إقصائها، خاصة وإنها قد تعتبر في بعض الأحيان الوسيلة الوحيدة للإثبات، حيث يتعذر الاعتماد على وسائل أخرى، لذلك ينبغي التحري جيدا بشأن هذه الوسيلة وإعطائها الأهمية التي تستحقها بحسب الظروف المحيطة بكل نازلة.

المطلب الثالث: محضر الضابطة القضائية وسيلة من وسائل الإثبات

إن محضر الشرطة القضائية تكون له حجة قانونية في حالة تضمنه ما عاينه ضباط الشرطة القضائية الذين يحررونه، ويوثق بمضمونه إلى أن يتم الطعن فيه بالزور وتثبت زوريته فعلا، لكنه في الجنايات لا تكون له الحجية المطلقة والقوية، وإنما يتم الاستئناس بما ورد فيه من طرف المحكمة.

غير أن الملاحظ أن محضر الشرطة القضائية لا يكتفى به في إثبات الضرر، ولا يعتمد في إصدار الحكم بالتطليق، بل إن المحاكم تشترط أن يعزز بحكم قضائي يدين المتهم من أجل الاعتداء الوارد في المحضر، شريطة أن يكون ذلك الحكم مكتسبا لحجية الأمر المقضي.

وهذا الموقف هو ما ذهب إليه المشرع المصري، حيث يستفاد من المادتين ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية، أن الحكم الصادر في المواد الجنائية تكون له حجية في الدعوى المدنية كلما كان قد فصل فصلا لازما من وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعوتين المدنية والجنائية، وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله.

---

(١)- جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بانزكان بتاريخ ٢٠٠٣/١٢/٠٣ في جلستها العلنية للبث في قضايا الأحوال الشخصية.." وحيث إن الشهادة الطبية وما تتضمنه من أضرار جسمانية تنقصها العلاقة السببية ما بين النتيجة التي توصلت إليها وفعل فاعلها؛ لأنها لا تثبت أن تلك النتائج من فعل المدعى عليه مما يجعلها ناقصة عن درجة الاعتبار، ويكون الطلب المتعلق بها غير ثابت ويتعين رده".

فإذا فصلت المحكمة الجنائية في هذه الأمور، فعنه يمتنع على المحكمة المدنية أن تعيد بحثها ويتعين عليها أن تعتمد بها وتلتزمها في بحث الحقوق المدنية المتصلة بها، كي لا يكون حكمها مخالفا للحكم الجنائي السابق له.

وبناء على ذلك فالحكم الجنائي الصادر بإدانة الزوج لاعتدائه بالضرب على زوجته أو تبديده منقولاتها، أو غير ذلك من الأمور المتعلقة بها، واستندت إليه الزوجة في طلبها التطليق من محكمة الأحوال الشخصية، يوجب على هذه المحكمة الأخيرة أن تلتزم بما انتهى إليه الحكم الجنائي بشأن وقوع الضرر بالزوجة من جانب الزوج[1]، ولا يجوز لها أن تبحث، إلا أن هذا لا يحول دون إحالة دعوى التطليق إلى التحقيق لإثبات باقي العناصر الأخرى غير الضرر، ومنها تضرر الزوجة، واستحالة العشرة بينها وبين زوجها، وبالتالي فلا يجوز لمحكمة الأحوال الشخصية أن تقضي بالتطليق استنادا إلى الحكم الجنائي وحده[2].

هذه بعض الوسائل المعتمدة في إثبات الضرر، لكن ما العمل إذا عجزت المرأة خلال إجراءات دعوى التطليق عن إثبات الضرر اللاحق بها ؟

إن المدونة الجديدة للأسرة سهلت عليها الأمر؛ بأن أباحت لها العدول عن مسطرة التطليق للضرر، وفتح مسطرة الشقاق للوصول إلى نفس الغاية.

١- الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية أو الأجنبية يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيد أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها. وأن استبعاد المحكمة لها لإثبات الضرر المبرر للتطليق؛ بعلة أن الضرر بفرنسا ليس هو الضرر بالمغرب؛ لاختلاف الدين والعادات في حين أن أطراف النزاع مسلمين مغربيين، وأن الضرر واحد بالنسبة إليهما لا يمكن تجزئته، مما يكون معه القرار المطعون فيه قد خالف قانون الالتزامات والعقود: قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/١٥ عدد٤٥٢ ملف شرعي عدد٢٠٢/١/٢/٢٥٧(١)

(٢)- حسن حسانين، **أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاء** الصفحة ٢٩٢.

المبحث الثاني:

اللجوء إلى مسطرة الشقاق في حالة العجز عن إثبات الضرر

لقد ذهب المشرع المغربي في مدونة الأسرة الجديدة إلى تسهيل مأمورية المرأة العاجزة عن إثبات الضرر في دعوى التطليق، وخولها اللجوء إلى مسطرة الشقاق[1].

جاء في المادة ١٠٠ من هذه المدونة: "تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة، إذا لم تثبت الزوجة الضرر، وأصرت على طلب التطليق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

ومسطرة الشقاق هذه قد تكون مسطرة أصلية (المطلب الأول) وتكون مسطرة تبعية (المطلب الثاني):

---

(١)- إلى جانب حالة عدم تمكن الزوجة من إثبات الضرر في دعوى التطليق بسبب الضرر، فإن مدونة الأسرة الجديدة خولت اللجوء إلى مسطرة الشقاق في الحالات التالية:

أ-إذا ارتجع الزوج زوجته خلال العدة من الطلاق الرجعي ورفضت هي هذه الرجعة بعدما أشعرت بها، فلها أن تسلك مسطرة الشقاق التي تتمكن بواسطتها من الحصول على الطلاق البائن الذي لا يكون بعده الحق لزوجها أن يقوم بارتجاعها (المادة ١٢٤.)

ب- في حالة إصرار الزوجة على الطلاق بالخلع ويرفضه زوجها، بحيث لم تتوصل معه إلى أي تراض على مبدأ الخلع بالمرة (المادة ١٢٠).

ج- في حالة عدم موافقة الزوجة المراد التزوج عليها، وإصرار الزوج على ذلك أثناء سلوك مسطرة الإذن بالتعدد.

د- في جميع الأحوال التي يثور فيها النزاع لإصرار كل واحد منهما على التمسك بموقفه المناقض لموقف الطرف الأخر.

المطلب الأول: مسطرة الشقاق الأصلية

لقد تناولت مدونة الأسرة الجديدة الشقاق قبل حالات التطليق الأخرى، وجعلته سببا لطلب التطليق سواء من قبل الزوج أو الزوجة.

وبذلك فإن الشقاق طبقا لمقتضيات المواد ٩٤-٩٥-٩٦-٩٧ المنظمة له يعتبر مسطرة أصلية، أي أنه يمكن اللجوء إليها مباشرة لطلب التطليق.

ومسطرة الشقاق تتم بتقديم طلب لحل النزاع من أحد الزوجين أو منهما معا إلى المحكمة التي تقوم بإجراء محاولة إصلاح ذات البين، وذلك بانتداب حكمين، أو من تراه مؤهلا لذلك، ويتعين على الحكمين أو من في حكمهما بذل الجهد لإنهاء النزاع المستحكم، فإن نجحا في محاولة صلح بين الزوجين، حرر الحكمان تقريرا ضمنا به أسباب الخلاف والحلول المتفق عليها لإنهائه[1]، وإذا فشلت محاولة الصلح واستمر الشقاق، فإن المحكمة تثبت ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات التي تشمل مؤخر الصداق إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى تحديدها مدة الزواج والوضعية المادية للزوج (المادة ٨٤).

ويتضح مما تقدم في إيجاز: أن قضاء الأسرة المختص في الموضوع يتقيد بإجراءات خاصة ومحددة حين ترفع إليه دعوى التطليق بسبب الشقاق، وتتلخص الإجراءات القانونية واجبة الاتباع فيما يلي:

- تقديم طلب حل النزاع إلى المحكمة المختصة (القضاء الأسري) التي تقوم بكل المحاولات اللازمة لإصلاح ذات البين طبقا لإحكام المادة ٨٢.

- يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين، وإذا توصلا إلى الصلح يحرران مضمونه في تقرير من ثلاثة نسخ يوقعها الحكمان والزوجان، ويرفعانه إلى المحكمة التي تتولى تسليم نسخة منه لكل واحد من الزوجين وتحفظ الثالثة بملف النزاع بعد الإشهاد من طرفها على نجاح الصلح.

---

(١) - **الدليل العلمي لمدونة الأسرة**، مطبعة فضالة، المحمدية، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد ١، ٢٠٠٤، وزارة العدل، الصفحة:٧١.

- إذا فشلت محاولة الصلح بين الزوجين حرر تقرير بذلك يرفعه الحكمان إلى المحكمة لاتخاذ القرار المناسب.

- وفي حالة عدم توصل الحكمين إلى الاتفاق على تحديد مسئولية كل واحد من الزوجين في النزاع أو مضمون التقرير، رفع الأمر إلى المحكمة التي تتخذ ما تراه ملائما من إجراءات.

- وفي حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تحرر المحكمة محضرا بذلك وتحكم بالتطليق بسبب الشقاق وبمستحقات الزوجة والأولاد في حالة وجودهم طبقا للمواد: ٨٣-٨٤-٨٥ من مدونة الأسرة، مع مراعاة مسئولية المتسبب منهما في الفراق[١].

المطلب الثاني: مسطرة الشقاق التبعية

تنص المادة ٤٥ التي تأتي في إطار المقتضيات المنظمة للتعدد، في الفقرة الأخيرة منها على أنه "إذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها، ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد ٩٤ إلى ٩٧، ومن هنا تأتي الصفة التبعية لهذه المسطرة أي أن اللجوء إلى مسطرة الشقاق في هذه الحالة لاحق على مساطر سابقة، وتتمثل في مسطرة الإذن بالتعدد الواردة في المواد ٤٠ إلى ٤٥ من مدونة الأسرة وهي كالآتي:

- تقديم طلب الإذن إلى المحكمة مع بيان الأسباب الموضوعية والاستثنائية المبررة له، مع إرفاقه بإقرار عن الوضعية المادية لصاحبه.

- بعد ذلك يتم استدعاء الزوجة المراد التزوج عليها، وإذا لم تحضر لغير مبرر قانوني يبت في طلب الزوج غيابيا.

- تجرى المناقشة في غرفة المشورة بحضور الطرفين، وتتم محاولة التوفيق والإصلاح بينهما، وإذا تعذر استمرار العلاقة الزوجية، تحدد المحكمة مبلغا؛ لاستيفاء حقوق الزوجة وأولادها الذين يلزم الزوج بالإنفاق عليهم، وإذا لم يتم إيداعه داخل أجل أسبوع من طرف الزوج، فعند ذلك يعتبر تراجعا منه عن طلب الإذن بالتعدد.

---

(١) - انظر في هذا الصدد الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالسمارة بتاريخ: ٢٠٠٤/٠٦/٠١ رقم: ١١٦ ملف رقم: ٢٦-٠٤ انظر كذلك: الحكم رقم: ١٢١-٢٠٠٤ بتاريخ:٢٠٠٤/٠٦/٠١، ملف رقم: ٠٤-٣١ الصادر عن نفس المحكمة.

– إذا أصرت الزوجة المراد التزوج عليها على المطالبة بالتطليق، وتمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، تطبق مسطرة الشقاق.

أما المادة ١٠٠ فإنها تأتي في إطار المقتضيات المنظمة للتطليق للضرر، وتنص على أنه إذا عجزت الزوجة عن إثبات الضرر وأصرت على طلب التطليق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق أمام محكمة الأسرة، أي بمجرد الادعاء بوجود شقاق دون اشتراط إثباته، تقوم المحكمة بمحاولة الصلح بإجراء مناقشة مع الزوجين في جلسة سرية، ثم انتداب حكمين من أهل الزوجين؛ لإصلاح ذات البين بينهما، مع تكرار المحاولة مرة ثانية إذا كان للزوجين أطفال، ويحرر الحكمان محضرا بنجاح الصلح طبقا للمادة ٩٥، وتقوم المحكمة بالإشهاد عليه دون نفي إمكانية اللجوء إلى طرق أخرى، كالاستعانة بالمتخصصين في المجال مثل المساعدات الاجتماعيات.

أما إذ فشلت محاولة الصلح، فإن المادة ٩٥ أضافت مهاما وصلاحيات خطيرة للحكمين[١]، تتجاوز اختصاصهما كمصلحين، وتعلو بشأنهما لممارسة مهام تدخل في اختصاص الجهاز القضائي، الشيء الذي يتجلى من خلال المادة ٩٦ التي خولت لهما اختصاص تحديد مسئولية كل من الزوجين في أسباب الفراق في تقرير كتابي تستند له المحكمة من أجل الحكم على المتسبب في الفراق بتعويض يؤديه للطرف الآخر[٢].

إلا أن مسطرة الشقاق تثير جملة من الإشكاليات، وفي مقدمتها إشكالية عدم تحديد مدونة الأسرة لطبيعة الشقاق المبرر للتطليق، وعدم وضع تعريف دقيق له، مما سيؤدي إلى تعدد الاتجاهات بخصوص ما يعد شقاقا وما لا يعد كذلك.

---

(١)– وقد انتقدت خديجة الركاني في مقال لها موقف مدونة الأسرة الجديدة، بمنح الحكمين صلاحية تحديد المسئولية في أسباب الفراق، جاء في هذا المقال: "…. ثم لا يخفى أن من أصعب المهام وأعقدها هو الحكم على طرف في علاقة إنسانية تقوم على كل تناقضات الحياة البشرية بأنه المسئول دون غيره عن إنهائها، سيما إذا أسند الأمر لحكمين ينتميان لعائلتي الزوجين، بما يعني ذلك من ارتفاع التحيز وانعدام الحياد والنقص في التكوين السوسيو ثقافي والنفسي الذي من شأنه الرفع من نسبة الذاتية والظلم على حساب الموضوعية والعدل…" خديجة الركاني، مسطرة التطليق للشقاق بمشروع مدونة الأسرة، مقال منشور بجريدة الأحداث المغربية عدد ١٧٧١ بتاريخ ٢٩ نونبر ٢٠٠٣.

(٢) – خديجة الركاني، (محامية بهيئة الدار البيضاء) مسطرة التطليق للشقاق بمشروع مدونة الأسرة، مقال سابق.
خديجة الركاني محامية بهيأة الدار البيضاء مهتمة بميدان الأسرة

كما أن تحديد (المادة ٩٧) لمدة البت في دعوى الشقاق في ستة أشهر سيصطدم بمعوقات عملية؛ من قبيل كفاية هذه المدة للتبليغ، وإجراء مسطرة الصلح.

وكذلك إشكالية عدم الالتزام بهذا الأجل، وما يترتب عليه من آثار قانونية، وبالتالي: ما الحكم لو تم تجاوز هذا الأجل ؟

وبالإضافة إلى هذه الإشكاليات فإن مسطرة الشقاق – خاصة وأن نسبة اللجوء إليها مرتفعة منذ تطبيقها – يمكن أن تقضي على دعوى التطليق بناء على أسباب أخرى غير المنصوص عليها في مدونة الأسرة.

وإلى جانب مسطرة الشقاق هاته بشقيها؛ أي الأصلية والتبعية، فإن مدونة الأسرة الجديدة نصت على نوع جديد من التطليق وهو التطليق بسبب الإخلال بشرط من شروط عقد الزواج، فما هو مضمون هذا النوع من التطليق

الفصل الثالث: التطليق بسبب الضرر الناتج عن الإخلال بشرط في عقد الزوج

لقد نصت مدونة الأسرة الجديدة في المادة ٩٩ على نوع آخر من الأضرار المبررة لطلب التطليق، والمتمثل في الضرر الناتج عن الإخلال بشرط في عقد الزواج.

جاء في الفقرة الأولى من المادة ٩٩: **"يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق"**.

لذلك سيتم الوقوف على طبيعة الشروط التي يمكن أن تقترن بعقد الزواج وذلك في المبحث الأول، على أن يتم التطرق إلى التطليق بسبب الضرر الناتج عن الإخلال بشرط من هذه الشروط في المبحث الثاني.

المبحث الأول:
الشروط المقترنة بعقد الزواج

من المبادئ العامة أن للمتعاقدين –حتى خارج نطاق الزوجية– الحق في اشتراط ما يرونه مناسبا من الشروط التي تحقق لهم مصالح معينة مادية أو معنوية، لكن في حدود ما تسمح به الآداب العامة والنظام العام.

ويتحملون مسئولية الوفاء بما يتعهدون به من شروط تحت طائلة جزاءات قانونية أو تعاقدية معينة.

ومن أجل ضمان استقرار الأسرة وحسن العلاقة بين الزوجين، حثت الشريعة الإسلامية على الوفاء بالشروط التي قد يشترطها الزوجان أو أحدهما على الآخر في عقد الزواج.

إلا أن هذه الشروط قد لا تكون كلها صحيحة من الناحية الشرعية، بل يكون منها ما هو مقبول وما هو مردود، ومنها ما اختلف الفقهاء بشأن صحته وقبوله.

وقبل التطرق لهذا الاختلاف الذي سيكون محور (المطلب الثاني) سيتم الوقوف لإعطاء لمحة لبيان المراد بالشروط وبيان أنواعها في (المطلب الأول).

المطلب الأول: أنواع الشروط المقترنة بعقد الزواج

الشروط في اللغة: جمع شرط، وشارطه على كذا: شرط عليه، واشترط عليه ليلتزم به في العقود وغيرها، وقد يكون الشرط الموضوع من شخص على آخر على سبيل الإلزام بالشيء، أو من الشخص نفسه على سبيل الالتزام به[١].

أما في الاصطلاح فهو: "الأمر الذي يتوقف عليه وجود الحكم، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم"[٢].

وتنقسم الشروط الاتفاقية التي يمكن أن ترد في عقد الزواج إلى أنواع ثلاثة:

الفقرة الأولى: الشروط الموافقة لمقتضى عقد الزواج [٣].

وهي الشروط التي تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، بأن تكون موجبة لحكم من أحكام العقد، أو مؤكدة لحكم يقتضيه العقد، أو تكون هذه الشروط قد دل على صحتها واعتبارها دليل من الشرع[٤].

ومن هذه الشروط أن تشترط الزوجة على زوجها أن يعاشرها معاشرة حسنة، وأن لا يلحق بها ضررا، وأن يعدل بينها وبين نسائه الأخريات، أو ينفق عليها، أو مثل أن يشترط الزوج على زوجته أن تسكن معه في منزله، وأن ترضع ولده منها، وأن لا تخرج إلا بإذنه.

واشتراط مثل هذه الأشياء، لا يعدو أن يكون مجرد تأكيد لمقتضيات العقد، ولذلك يجب الوفاء بها [٥]، بل إن الوفاء بها واجب أصلا بحكم الشرع والقانون، حتى لو لم يشترط؛ لأنه من الآثار التي تترتب على الزواج [١] أو مما يدخل في الغايات المتوخاة منه.

---

(١)- ابن منظور، **لسان العرب**، الجزء الرابع، مادة: شرط، الصفحة ٢٢٣٥.

(٢)- أبو زهرة **أصول الفقه دار الفكر العربي** طبعة ١٩٥٧ 57/1.

(**٣**)- وقد نصت مدونة الأسرة على هذه الشروط في (المادة ٤٨) في فقرتها الأولى على أن "الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين.

(٤)- محمد بلال مهران، الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الثقافة العربية القاهرة طبعة ١٩٨٥ ٢٣/١.

(٥)- إن أحق الشروط أن يوفى بها ما استحللتم به الفروج. أخرجه البخاري في صحيحه رقم الحديث٣ وهو جزء من حديث أبي إسحاق الحيال

الفقرة الثانية: الشروط المناقضة لمقتضى عقد الزواج

وهي كل شرط يناقض ما يقتضيه العقد من الآثار، وذلك كما إذا اشترطت الزوجة على زوجها أن لا يعاشرها في الفراش، وأن لا يعدل في القسم بينها وبين ضرتها، بأن يبيت عندها ليلتين، ومع الأخرى ليلة واحدة، أو أن لا ينفق على ضرتها، وكما إذا اشترط الزوج على زوجته أن لا يأتي إليها إلا نهارا، بحيث لا يبيت معها أو أن لا ترث فيه إذا مات قبلها، أو لا ينفق عليها، أو يؤثر عليها ضرتها.

فإذا وقع مثل هذا الشرط في عقد الزواج، فإنه يفسخ إن اطلع عليه قبل الدخول، وإن لم يطلع إلا بعد الدخول، فإنه لا يفسخ حينئذ، وإنما يثبت ويكون للزوجة صداق مثلها، ويلغى ذلك الشرط ولا يعمل به[2].

وقد نصت مدونة الأحوال الشخصية السابقة على هذا النوع من الشروط في الفصل الثامن والثلاثين، الذي جاء فيه: "**إذا اقترن العقد بشرط ما ينافي نظامه الشرعي، أو ينافي مقاصده، كان الشرط باطلا، والعقد صحيحا، وليس مما ينافي مقاصد العقد أن تشترط الزوجة مثلا الاشتغال في المصالح العامة للبلاد**".

وهو نفس ما ذهبت إليه مدونة الأسرة الجديدة، في المادة السابعة والأربعين: "**الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده، وما خالف القواعد الآمرة للقانون، فيعتبر باطلا والعقد صحيحا، وليس من الشروط المخالفة اشتراط الزوجة على زوجها أن تمارس عملا لا يمس بالأخلاق والآداب العامة**"[3].

الفقرة الثالثة: الشروط التي لا توافق العقد ولا تنافيه

وهي الشروط المختلف بشأنها، والتي يشترطها أحد الزوجين على الآخر، ولا تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج ولا منافية لمقتضاه، ولم يرد من الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم

---

(١)- ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، م – س، ١٥٥/١

(٢)- ابن معجوز م س: ١/١٥٦.

(٣)- ويلاحظ أن المشرع المغربي من خلال النصين قد بدأ تدريجيا يأخذ بعين الاعتبار المكانة التي باتت تحتلها المرأة، وخروجها للعمل الذي يتصاعد بشكل مستمر بحكم ما تفرضه عليها تحملاتها العائلية والمعطيات الاقتصادية والاجتماعية.

اعتبارها، ويكون فيها منفعة للمشترط[1]، كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو لا ينقلها من دارها أو بلدها، أو ألا يسافر بها إلى بلد آخر، أو ألا يفرق بينها وبين أولادها أو بينها وبين أبويها، أو أن ترضع ولدها الصغير من غيره، أو أن تشترط عليه أن يدفع لها مهرها من نقد معين ونحو ذلك، وكأن يشترط الزوج على زوجته أن تكون بكرا، أو جميلة أو نسيبة، أو متعلمة، ونحو ذلك[2].

وإذا كان الأمر كذلك، فما هو حكم هذه الشروط؟

المطلب الثاني: اختلاف الفقهاء حول الشروط غير المناقضة وغير المنافية لمقتضى عقد الزواج

لقد اختلف الفقهاء حيال هذا النوع من الشروط إلى ثلاثة مذاهب:

الفقرة الأولى: المذهب القائل بصحة هذه الشروط

يذهب أصحاب هذا المذهب إلى أن هذه الشروط لازمة يجب الوفاء بها، فإن لم يف بها من اشترطت عليه من حق المشترط فسخ العقد، وهذا القول مروي عن عمر بن الخطاب، وبعض الصحابة، وهو مذهب الإمام أحمد بن حنبل الذي يعتبر عمدة أصحاب هذا الرأي[3].

ومن الأدلة التي استدلوا بها في رأيهم هذا قول الرسول -صلى الله عليه وسلم-: **(أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)**[1].

---

(١)- للمزيد من التفصيل في هذا الموضوع، انظر في هذا الصدد: بحث الأستاذ الحسن عبد الغني أبو عدة بعنوان: اشتراط المرأة على الرجل في عقد النكاح ألا يتزوج عليها، منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الخامسة عشر، يونيو – سنة ٢٠٠٣، العدد ٥٩، الصفحة ٧، والذي أحاط فيه بشكل مفصل بكل الجوانب المتصلة بموضوع الاشتراط في عقد النكاح وخاصة اشتراط عدم التزوج.

(٢)- محمد بلال مهران، الشروط المقترنة بعقد الزواج، ١١/ ٧٥.

(٣)- ويعتبر المذهب الحنبلي من أكثر المذاهب الفقهية التي تأخذ بصحة الشروط المقترنة بعقد الزواج والتي لا تناقض ولا تخالف مقتضاه.

كما استدلوا كذلك بما روي أن رجلا جاء إلى عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- فقال: **"يا أمير المؤمنين تزوجت هذه وشرطت لها دارها وإني أجمع لأمري أو لشأني أن أنتقل إلى أرض كذا وكذا، فقال عمر رضي الله عنه: "لها شرطها" فقال الرجل: هلك الرجال، إذ لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقت، فقال عمر: "المؤمنون على شروطهم عند مقاطع[2] حقوقهم " وفي رواية أخرى: " أن مقاطع الحقوق عند الشروط ولها ما اشترطت"[3].**

الفقرة الثانية: المذهب القائل ببطلان هذه الشروط

يرى أصحاب هذا المذهب أن هذه الشروط باطلة، والعقد صحيح، فبطلانها لا تأثير له في صحة العقد، وعليه فلا يلزم الوفاء بها[4]،

وهذا هو رأي الظاهرية الذين يمنعون كل شرط إلا ما جاء النص بإثباته، وهو مذهب الحنفية والشافعية[5].

---

(١)- أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، دار الجيل، الجزء السابع، ٣/:٢٦، وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، حديث ١٤١٨، دار الحديث القاهرة الطبعة ١٩٩١، ٢/ ١٠٣٦. أخرجه النسائي في سننه بلفظ (أحق الشروط أن يوفي به ما استحللتم به الفروج) سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، حاشية الإمام السندي، دار الفكر بيروت، طبعة ١٩٧٨، كتاب النكاح باب الشروط في النكاح، ج:٣:٦/ ٩٣ وأخرجه الترمذي في سننه، كتاب النكاح باب ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح، حديث رقم ١١٢٧، الجامع الصحيح دار الفكر لبنان، ٣/٤٣٤.

(٢)- المقاطع: جمع مقطع، والمقطع في الأصل هو موضع القطع والمراد بمقاطع الحقوق موافقة التي تنتهي إليها.

(٣)- أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، الجزء الخامس، الصفحة ١٦٨، دار الفكر طبعة ١٩٩٤.

(٤)- ويرى ابن حزم أن العقد يفسخ إذا اشترط فيه أحد هذه الشروط حيث يقول: "ولا يصح نكاح على شرط أصلا، حاشا الصداق الموصوف في الذمة أو المدفوع أو المعين، وعلى أن لا يضر بها في نفسها ومالها" "فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " وإما بشرط هبة أو بيع أو أن لا يرحلها أو غير ذلك كله، فإن اشترط ذلك في نفس العقد فهو عقد مفسوخ، وإن اشترط ذلك بعد العقد، فالعقد صحيح والشروط كلها باطلة" ابن حزم، المحلى، دار الأفاق الجديدة، بيروت، الجزء التاسع، الصفحة: ٥١٦.

(٥)- جاء في كتاب الأم: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرطه أوثق ــ فأبطل الرسول صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس في كتاب الله جل ثناؤه إذا كان في كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم خلافه ". الإمام الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت الطبعة الثانية ١٩٧٣، ٥/ ٧٣.

ومن الأدلة التي اعتمد عليها أصحاب هذا الرأي ما روي عن عائشة -رضي الله عنها- أنها قالت: **"ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط"**[١].

ومما استدلوا به كذلك قول الرسول -صلى الله عليه وسلم-: (**المسلمون عند شروطهم ؟ إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا**)[٢].

كما استدلوا بأن آثار عقد الزواج هي من صنع الشارع وترتيبه، وذلك حتى يصان هذا العقد من أي اضطراب يلحق به، وحتى لا تكون الحياة الزوجية خاضعة لأهواء الناس ومآربهم، فتخرج عن معناها وما حاطها به الشارع من رعاية وتقديس[٣].

الفقرة الثالثة: المذهب القائل بكراهية هذه الشروط

حسب هذا المذهب، فإن هذه الشروط مكروهة، والوفاء غير لازم، بل هو مستحب ما لم تقترن بما يستلزم الوفاء بها، كاليمين بالطلاق ونحوه، وهذا هو مذهب الإمام مالك[٤].

وقد استدل أصحاب هذا المذهب بأنه ما عدا الشروط المتفق على صحتها والشروط المتفق على بطلانها، شروط مكروهة، والوفاء بها غير واجب، بل هو مستحب، استدلوا بقول الرسول الله عليه وسلم: (**المسلمون عند شروطهم ؟ إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا**) [٥]. وهو

(١)- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلاة باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، ص: ١٢٣، وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن اعتق، حديث رقم: ٦، صحيح الإمام مسلم، م – س، ص: ١١٤١، وأخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب العتق والولاء، باب مصير الولاء لمن اعتق، دار الفكر، لبنان، طبعة ١٩٨٥،١/ ٦٤٧.

(٢)- أخرجه الإمام البخاري في صحيحه كتاب الإجازة باب أجر السمسرة، دار الجيل بيروت ٣/ ١٢٠.

(٣) – محمد بلال مهران، الشروط المقترنة بالزواج في الفقه الإسلامي، ص ٨١.

(٤)- جاء في حاشية الدسوقي: "وإن وقع قبول النكاح على شرط لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، كأن لا يتزوج عليها، أو لا يخرجها من مكان كذا أو من بلدها فلا يفسخ العقد قبل الدخول ولا بعده، والشرط مكروه، ولا يلزم الوفاء به، وإنما يستحب، وإنما كره لما فيه من التحيير ". حاشية الدسوقي مع تقريرات للشيخ عليش، الجزء الثالث، الصفحة ٤١.

(٥)- سبق تخريجه(الحاشية رقم٣ اعلاه).

نفس الحديث الذي استدل به أصحاب المذهب الأول القائلون بوجوب الوفاء بهذه الشروط، غير أنه عند أصحاب هذا المذهب الحث على الوفاء محمول على الندب، وذلك جمعا بين هذا الحديث وبين قوله صلى الله عليه وسلم: **(من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وإن اشترط مائة شرط)**[1].

وبالجمع بين هذه النصوص قال المالكية: إن الوفاء بهذه الشروط مستحب وليس بواجب، وإن كان يكره اشتراطه أصلا [2].

- الترجيح:

ولعل ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول القائل بصحة الشروط المقترنة بعقد الزواج، والتي لا تخالف مقتضاه هو الأرجح بالنظر إلى قوة الأدلة التي اعتمدوا عليها، وبالنظر إلى أن من مصلحة الزوجين: أن يشترط كل منهما ما يناسبه من شروط تقابلها موافقة الطرف الآخر، مما يساعد على استقرار العلاقة بينهما وسيادة روح المودة والرحمة بينهما، إلا أنه ينبغي في حالة تعذر تحقيق المصلحة المقصودة من هذه الشروط مراجعتها وتعديلها؛ حتى تحقق الغاية التي من أجلها تم تقريرها.

وبعد استعراضنا لأنواع الشروط التي تقترن بعقد النكاح، سنتطرق لموقف مدونة الأسرة الجديدة من هذا الموضوع.

(١)- فتح الباري:صحيح البخاري كتاب الشروط باب المكاتب وما لايحل من الشروط التي تخالف كتاب الله م س.

(٢)- محمد بلال مهران، الشروط بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، الصفحة ١/٨٢.

المبحث الثاني:

التطليق بسبب الضرر الناتج عن الإخلال بشرط عقد الزواج

كما سبقت الإشارة إلى ذلك، فإن مدونة الأسرة الجديدة، بمقتضى المادة ٩٩ قد أعطت للزوجة حق طلب التطليق في حالة حصول ضرر ناتج من عدم التزام الزوج بشرط من الشروط التي تم الاتفاق عليها في عقد الزواج، لذلك سنتطرق في البداية للإخلال بشرط في عقد الزواج (المطلب الأول) ثم ننتقل بعد ذلك لبعض الإشكاليات التي قد يثيرها الاستمرار في الالتزام بهذه الشروط (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإخلال بشرط في عقد الزواج [١]

(١)- وقد ذهب البعض إلى إعطاء أهمية بالغة لموضوع الاشتراط في عقد الزواج، بل أكثر من ذلك ضرورة التنصيص على شروط نموذجية تكون بمثابة مبادئ وحلول لقضايا متوقعة في المستقبل، كما هو الشأن بالنسبة لما أصدرته وزارة العدل المصرية من شروط عشرة نموذجية في عقد الزواج تقدمت بها اللجنة القومية للمرأة في مصر، ومنها حق الزوجة في التعليم والعمل خارج المترل، والتزام الزوج بعد الزواج دون علم الزوجة...، وللمزيد من التفصيل في هذه الشروط النموذجية

لقد تم توسيع مفهوم الضرر المبرر لمطالبة الزوجة بتطليقها من زوجها، إذ أصبح من حقها أن تطالب بتطليقها منه بسبب إخلاله بشرط في عقد الزواج، سواء كان من الشروط التي يكون مضمونها واجبا بالعقد نفسه، أو من الشروط التي التزم بها الزوج بمحض إرادته كقبوله شرط الزوجة عليه ألا ينقلها من بلدها إلى خارج المغرب[1].

إلا أن أبرز ملاحظة يمكن تسجيلها حول موقف مدونة الأسرة الجديدة هو إغفالها التنصيص –ولو عرضا على سبيل المثال– على الشروط التي يمكن أن يشترطها الرجل، واقتصارها على التنصيص على الشروط التي تشترطها الزوجة، كما أنها خولت التطليق في حالة الإخلال بهذه الشروط للزوجة وحدها دون الزوج، بخلاف ما أخذت به في التطليق بسبب الشقاق، وقد نصت على ذلك في المادة الثامنة والتسعين من الباب الثاني؛ حيث افتتحت به الأسباب التي تخول للزوجة طلب التطليق، واعتبرته في المادة التاسعة والتسعين ضررا يبرر طلبها التطليق.

ولعل هذا الموقف ناتج عن مجرد سهو أو خطأ في التقنين، وإلا فإن المنطق القانوني يحتم التسوية بين الزوجين في مجال الشروط، وما يترتب عليها من جزاء، ولو من باب القياس على مركز الزوجين القانوني في حالة الشقاق بحسب نفس المدونة ذاتها، والقول بغير ذلك يجعل المدونة تكل بمكيالين وهو أمر غير جائز.

كما يؤخذ على مدونة الأسرة الجديدة إغفالها لإشكالية تغير الظروف المصاحبة لتحقيق المصلحة المقصودة من الشرط، وبالتالي إمكانية الاستمرار في الالتزام بهذه الشروط والجدوى من ذلك، فكيف سيتم التخلص من مثل هذه الإشكالية ؟

المطلب الثاني:
إشكالية الاستمرار في الالتزام بالشروط التي تنتج عن تغير الظروف المصاحبة لها ضرر بالملتزم بها.

ومقارنتها بالقانون المغربي يراجع كتاب (قراءات وتعاليق في مدونة الأحوال الشخصية) لرشيد مشقاقة، وجهة نظر، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.

(١)– الدليل العملي لمدونة الأسرة الصفحة ٧٣.

إن هذا الإشكال لا يثار في الالتزامات الفورية التي يرتبط تنفيذها بمدة زمنية محدودة، ولكنه يثار خاصة في الالتزامات التي يمتد تنفيذها لسنوات، بل ولفترة الزواج كلها، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لاشتراط الزوجة على زوجها عدم التزوج عليها.

ففي حالة العقم مثلا الذي يكون راجعا إلى الزوجة، هل يستمر الزوج في الالتزام بهذا الشرط ويحرم في هذه الحالة من النسل؟

والزوجة في حالة حدوث العكس، أي إذا كان العقم من جانب الزوج، هل تحرم من فرصة الزواج مرة أخرى مع أن من بين غايات الزواج الإنجاب ؟

وإذا حدث ذلك، فهل يمكن أن يشكل الإقدام على التزوج في هذه الحالة الاضطرارية إخلالا بشرط في عقد الزواج بالمفهوم القانوني، الذي يترتب عليه حق الزوجة في طلب التطليق؟

لقد تنبه الأستاذ أحمد الخمليشي إلى مثل هذه الإشكالية ونادى بعدم إغفال طبيعة عقد الزواج الذي يعقد مدى الحياة، مما يحتم مراعاته بالنسبة للالتزامات الناشئة عن الشروط، إذ تتغير الظروف، ويصبح معها الشرط مرهقا لمن تحمل به، وضارا له ضررا جسيما[1].

لذلك ينبغي الاحتياط لما يمكن أن يحدث: من تغير في ظروف ووضع الزوجين، مما يصبح معه التسليم بأن الاستمرار في تنفيذ الشرط المجحف بالملتزم، يؤدي إلى ابتعاد العلاقة الزوجية عن العمل والإنصاف.

كما ينبغي كذلك أن يقرر القانون إمكانية مراجعة القضاء لإعادة النظر في موضوع الشرط الملتزم به لتقرير الحل التوافقي الذي يراعي مصلحة الطرفين، سواء بالإعفاء نهائيا من الشرط أو تعديله، أو أي حل آخر يحقق أحسن ما يمكن الوصول إليه، مع الحرص على الحل الرضائي بقدر الإمكان[2].

وقد أحسنت مدونة الأسرة الجديدة صنعا؛ حينما نصت على أنه إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني لهذه الشروط المشروعة مرهقا للملتزم بها، أمكن لهذا الأخير أن

(١)- وقد ذهب الأستاذ أحمد الخمليشي إلى أن هذا السبب يعد من الأسباب التي دفعت بالفقه إلى التشدد في الشروط، التعليق م-س، ١/:٢٦٩.

(٢)- أحمد الخميلشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ١/ ٢٧٠. م س.

يلجأ إلى المحكمة ويطلب إما إعفاءه منها أو تعديلها، مع استثناء شرط عدم التعدد الذي لا يمكن التحلل منه إلا بالتنازل عنه من الزوجة التي اشترطته[1].

وبعد أن تعرفنا على موقف المشرع المغربي من التطليق بسبب الشقاق والضرر، وكيفية إثباته، يبقى التساؤل مطروحا حول مختلف الإجراءات المسطرية التي تتبع في هذا الإطار.

فما هي الإجراءات المتبعة في التطليق بسبب الشقاق والضرر؟ وما هي أهم الإشكاليات التي تعترض هذا النوع من التطليق ؟

الفصل الرابع:

إجراءات دعوى التطليق بسبب الشقاق والضرر

ستتم الإشارة في البداية إلى نبذة عن القضاء الأسري الذي أناط به المشرع تولي الاختصاص في مجال التطليق بسبب الشقاق والضرر (وذلك في المبحث الأول)، وسيتم التطرق بعد ذلك، للإجراءات المسطرية المتبعة في هذه الدعوى، حيث سيتم التركيز بالأساس على محاولة الصلح باعتبارها أهم هذه الإجراءات[2]، وسنميز في كل ذلك فترتين:

---

(١)- وذلك في المادة ٤٨ التي تنص على أن: "الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين.

(٢)-إلى جانب إجراء التدابير المؤقتة، حيث تقضي المادة ٢١٢ من قانون المسطرة المدنية بأنه: يبث القاضي عند الاقتضاء في التدابير المؤقتة والتحفظية المتعلقة بصيانة المرأة والأولاد وحضانتهم وأمتعة البيت، حيث يكون هذا الأمر قابلا للتنفيذ على الأصل رغم كل طرق الطعن...إلى جانب إجراء بعث الحكمين؛ حيث خول الشرع المغربي للحكمين تحديد مسئولية كل من الزوجين في الضرر اللاحق بأحدهما إن أمكنهما ذلك، إلا أنه يلاحظ عدم تفصيل نصوص مدونة الأسرة في هذا الموضوع، كما هو الشأن بالنسبة للفقه المالكي الذي يبين حالات المسئولية هاته، وهو نفس ما أخذ به المشرع المصري (في

الأولى: في ظل مدونة الأحوال الشخصية السابقة، والثانية: في ظل مدونة الأسرة الجديدة (وذلك في المبحث الثاني).

المادة التاسعة)، ولو أنه لم ينص على حالة ما إذا كانت الإساءة من الزوجة، وكذلك المشرع السوري (في المادة ١١٤) والقانون الأردني (في المادة٩٦)، كما يلاحظ في هذا الشأن مخالفة المشرع المغربي للمذهب المالكي في إعطاء الحكمين سلطة التفريق؛ حيث منح هذه السلطة للمحكمة (المادة ٩٦ من مدونة الأسرة الجديدة)، بخلاف المشرع المصري الذي أعطاهما صلاحية التفريق، من غير أن يكون للقاضي بد من تنفيذه حيث جاء في المادة التاسعة: "إذا عجز الحكمان عن الإصلاح، وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال، أقر التفريق بطلقة بائنة".

المبحث الأول: المحكمة المختصة (القضاء الأسري)

إذا كانت مدونة الأسرة قد أتت بمقتضيات جديدة تنظم أحوال الأسرة ببلادنا، فإن الحاجة اقتضت توفير كل الشروط الكفيلة بتفعيل هذه المقتضيات ومن أهمها إحداث قضاء مختص ومؤهل للبث بسرعة في قضايا الأسرة، وفي هذا الإطار تم إدخال تغييرات على قانون المسطرة المدنية وعلى التنظيم القضائي بموجب القانون ٧٢/٠٣[١]، وتم إحداث أقسام لقضاء الأسرة ضمن تأليف وتنظيم المحاكم الابتدائية.[٢]

ونظرا لحداثة هذا النوع من القضاء فإنه سيتم إيراد نبذة عن القضاء الأسري، حيث سيتم الحديث في البداية عن الهيئة القضائية التي تتكون منها، أو بعبارة أخرى، هيكلته والاختصاصات المخولة له، وكذلك طرق الطعن، في الأحكام الصادرة عنه وآجالها -في المطلب الأول، على أساس أن يتم الانتقال بعد ذلك إلى الحديث عن اختصاص القضاء الأسري، في مجال التوثيق، على اعتبار أن من أبرز المستجدات التي أتت بها مدونة الأسرة الجديدة سحب العديد من اختصاصات قاضي التوثيق، لفائدة القضاء الأسري، وضمنها التوثيق، حيث سيتم إيضاح مختلف الإجراءات الشكلية المتبعة في توثيق عقدي الزواج والطلاق في المطلب الثاني.

(١)- وهو القانون الذي يغير ويتمم الظهير المتعلق بالتنظيم القضائي للمغرب الصادر بتاريخ ١٥ يوليو ١٩٧٤، وقد صادق عليه بالأغلبية أعضاء لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بداية يناير ٢٠٠٤، وأدخلت بموجبه أقسام قضاء الأسرة داخل التنظيم الداخلي للمحاكم الابتدائية، جاء في الفصل الثاني من هذا القانون: "تتألف المحاكم الابتدائية من رئيس وقضاة وقضاة نواب، نيابة عامة تتكون من وكيل الملك ونائب أو عدة نواب، كتابة الضبط وكتابة للنيابة العامة، يمكن تقسيم هذه المحاكم بحسب نوعية القضايا التي تختص بالنظر فيها إلى "أقسام قضاء الأسرة" وغرفة مدنية وتجارية وعقارية واجتماعية وزجرية" الجريدة الرسمية، السنة ٩٣، عدد:٥١ بتاريخ ٥ فبراير ٢٠٠٤.

2- بالإضافة إلى ذلك أحدثت غرف استئنافية بالمحاكم الابتدائية لتدعيم سرعة البت، إلا أنها أفرغت من محتواها طالما أن الشق المتعلق بانحلال ميثاق الزوجية بالنسبة للشقاق والضرر غير قابلة للطعن.

المطلب الأول: اختصاص القضاء الأسري وطرق الطعن في الأحكام الصادرة عنه وآجالها

الفقرة الأولى: اختصاص القضاء الأسري

حسب مقتضيات الفصل ١٨ من ظهير المسطرة المدنية الحالي ٠٤/٠٢/٠٣ يتضح أن المحاكم الابتدائية للمملكة تختص بالنظر- بالإضافة إلى القضايا المعروفة سابقا- في قضايا الأسرة.

وإن التقسيم الحالي الذي تتألف منه المحاكم الابتدائية بحسب نوع القضايا أضيف إليه — حسب تعديل ظهير ٠٤/٠٢/٠٣ المتعلق بالتنظيم القضائي— أقسام قضاة الأسرة، هذه الأقسام تختص حسب الفصل الثاني من التعديل المذكور في:

- قضايا الأحوال الشخصية والميراث.
- الحالة المدنية.
- شئون التوثيق والقاصرين.
- الكفالة.
- كل ماله علاقة برعاية وحماية الأسرة.

وتجدر الإشارة إلى أن -وحسب التعديلات الحالية- الغرف الأخرى الموجودة بالمحاكم الابتدائية لا حق لها في البت فيما يتعلق باختصاص قضاء الأسرة، ويجوز لها أن تبت في كل القضايا الأخرى المعروضة عليها، ولو لم تدخل في اختصاصها، لكن قضاة القضاء الأسري لهم الاشتراك في الهيئة التي تبت في القضايا الأخرى غير الأسرية المعروضة عليها، ولو لم تدخل في اختصاصها، ولكن قضاة القضاء الأسري يجوز لهم الاشتراك في الهيئة التي تبت في القضايا الأخرى غير الأسرية المعروضة على بقية أقسام المحكمة الابتدائية[1].

وهكذا تم إيجاد مؤسسة مختصة للبت في التراعات الأسرية، بهيئة قضائية متخصصة ونيابة عامة مختصة، وجهاز كتابة الضبط، ومكتب للإرشاد والتوجيه، كما تم تخصيص مكاتب للاهتمام

(١)- محمد السلواني خصوصية المسطرة في المادة الأسرية: (دعاوى انحلال ميثاق الزوجية نموذجا)١٩/١ المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات ط/١ مراكش/٢٠١١.

بما قد يعترض الأسرة وما يطالها من تصرفات تقع تحت طائلة القانون الجنائي، كإهمال الأسرة أو العنف ضد الأطفال أو ضد الأسرة[1].

كما تم تحديد اختصاصات كل من القاضي المكلف بالزواج، والقاضي المكلف بالتوثيق والقاضي المكلف بشئون القاصرين، وتنظيم عمليات الصلح بغرفة المشورة، بالإضافة إلى البت بقضاء فردي أو جماعي في كل القضايا الأسرية، عن طريق مساطر تراعي التيسير والتبسيط والسرعة، كما تم كذلك تفعيل دور النيابة العامة حماية للأسرة، وذلك بالتدخل في الوقت المناسب للحفاظ على حقوق أفرادها بشكل إيجابي وفعال.

وهكذا نصت المادة ٣ من مدونة الأسرة، على أن: "النيابة العامة طرف أصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام مدونة الأسرة، وأصبحت بذلك مطالبة بالحضور في جلسات قضايا الأسرة، وإبداء رأيها، إلى جانب طرفي الدعوى، كما أن لها رفع الدعوى وتقييمها كطرف مدعي بصفة أصلية، أو تكون طرفا مدعى عليه حين تقام الدعوى في مواجهتها، وينطبق عليها ما ينطبق على الخواص، في تناول الكلمة والتعقيب، ولها استعمال جميع أوجه الطعن في الأحكام الصادرة القابلة للطعن، باستثناء التعرض؛ لأنها تكون حاضرة في الجلسات.

كما لها أن تتدخل تلقائيا في كل القضايا واتخاذ التدابير التي تراها ملائمة عند اللجوء إليها كجهة مكلفة بحماية حقوق أفراد الأسرة عند المساس بها[2].

الفقرة الثانية: الطعن في الأحكام الصادرة عن القضاء الأسري وآجالها

ألزم المشرع قضاء الأسرة بتعليل قراراته في عدة مواد، ومنها على سبيل المثال لا الحصر، المادة ٢٠ التي أشارت: إلى أنه لا بد لقاضي الأسرة المكلف بالزواج من تعليل الإذن بالزواج للفتاة والفتى دون سن الأهلية للزواج الذي هو ١٨ سنة شمسية؛ حيث يبني تعليله على المصلحة

---

(١) – قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية لانزكان.

(٢)– زهور الحر، (رئيسة المحكمة الابتدائية بالفداء درب السلطان) مقال: دور القضاء في تفعيل قانون الأسرة، ضمن الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة المنظمة بمدينة إيفران من ١٠ إلى ١٣ مايو ٢٠٠٤ من طرف المعهد العالي للقضاء، ص ٣، (مقال غير منشور.ص ١١٢).

والأسباب المبررة للإذن، مع إمكانية الاستعانة بالخبرة، أو البحث الاجتماعي، ولعل الإذن للمتزوجين القاصرين يكسبهم لا محالة الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في قضايا الأسرة.

كما أن الإذن بالتعدد المشار إليه في المادة ٤٤ لا بد وأن يكون أيضا بمقرر معلل.

إلا أن الملاحظ أن المشرع المغربي قسم الأحكام والمقررات القضائية إلى أحكام قابلة للطعن، وأخرى غير قابلة له، وهذا فيه نوع من الإجحاف للمتقاضين؛ لما فيه من حرمانهم من مبدأ التقاضي على درجتين، وسنتطرق تباعا لكل نوع من تلكم الأحكام على حدة.

أولا – الأحكام التي لا تقبل الطعن:

ومنها ما ورد في (المادة ١٢٨) التي تقضي بأن المقررات القضائية الصادرة بالتطليق، أو الخلع، أو بالفسخ تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية، أما الحكم بتحديد الواجبات المترتبة عن هذا الإنهاء فإنه يعتبر ابتدائيا.

إلا أن ما ذهبت إليه مدونة الأسرة له شق إيجابي يتمثل في أن النزاع الأسري يتطلب حلا سريعا ونهائيا وغير مكلف، ثم إن إجراءات الصلح وتدخل مجموعة من الأطراف فيها لتجاوز الطلاق أو التطليق، قد فشل رغم تكرر الصلح، بمعنى: أن التمسك بعدم الطلاق أو التطليق من جانب واحد، غير مجد وغير ذي أثر، وأن الطعن لن يكون إلا تضييعا لوقت المحكمة وجهدها[1].

أما الجانب السلبي فيبرز في كون الشق المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية غير قابل للطعن، وهذا يعد خرقا لمبدأ أساسي من المبادئ العامة في القواعد الإجرائية، فهو يعتبر القاضي منزها عن الخطأ الذي هو عرضة له بحكم إنسانيته.

وقد طرح الأستاذ الكشبور جملة من التساؤلات أماط فيها اللثام عن الجانب السلبي لهذا الاعتبار:

- أليس من المتصور أن تقدم المرأة وثائق مزورة للمحكمة تبني عليها حكمها بالتطليق؟
- أليس من المتصور أن يسبق دعوى التطليق تبليغ غير قانوني يرمي إلى حرمان المتقاضي من حقه في الدفاع؟

---

(١)- خصوصية المسطرة ١١٤/١ م س.

● أليس من المتوقع أن تخطئ المحكمة في تكييف وقائع التراع فتطبق أحكام التطليق للغيبة بدلا من أحكام التطليق للضرر؟[1]

ثانيا – الأحكام القابلة للطعن بالطرق العادية:

وطرق الطعن العادية: هي التي يمارسها من يشاء من أصحاب الحق في جميع الحالات، وهي الطعن بالتعرض الذي يمارس ضد الأحكام الغيابية، التي تصدر عن المحاكم الابتدائية والمراكز التابعة لها، وعن الغرف الجنحية بالمحاكم الاستئنافية، والطعن بالاستئناف الذي تكون الغاية منه نقل الدعوى المحكوم فيها ابتدائيا، إلى محكمة أخرى أعلى درجة من التي أصدرت الحكم المستأنف؛ لمناقشته من جديد، سواء فيما يتعلق منه بالوقائع الموضوعية، أو الوقائع القانونية[2].

وتخضع عدة أحكام داخل مدونة الأسرة لطرق الطعن هذه، منها قرار الإشهاد على الطلاق المعلل المشار إليه في (المادة ٨٨) القابل للطعن طبقا للإجراءات العادية.

ومن المستجدات في آجال الإجراءات العادية أجل الاستئناف الذي حدده المشرع في ١٥يوما في كل ما يتعلق بقضايا الأسرة[3]، وأبقى على أجل ٣٠ يوما في الأحكام الأخرى الصادرة عن المحاكم الابتدائية فيما عدا قضاء الأسرة، وذلك حسب ظهير ٢٠٠٤/٠٢/٠٣ القاضي بتغيير قانون المسطرة المدنية؛ ذلك أن المادة ١٣٤ من ظهير المسطرة المدنية الحالي تنص على أنه: إذ تعلق الأمر بقضايا الأسرة، فإن استئناف الأحكام الصادرة في شأنها يجب تقديمه داخل ١٥ يوما.

وألزم المشرع أيضا كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية؛ تفاديا لتطويل المسطرة، بأن ترسل مقال الاستئناف والأحكام الصادرة في قضايا الأسرة مع المستندات إلى كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف خلال أجل ١٥ يوما من تاريخ تقديم الاستئناف[4].

(١)- محمد الكشبور يونس الزهري حسن فتوخ١/١٧٤و١٧٥ م س.

(٢)- تم إصلاح التنظيم القضائي؛ حيث أحدثت السنة الماضية (٢٠١٢)غرف استئنافية بالمحاكم الابتدائية.

(٣)- خصوصية المسطرة في المادة الأسرية١/١٠٧ م س.

(٤)- هذا الأمر أصبح في خبر كان بعد أن قرر المشرع إحداث الغرف الإستيئنافية بمقر المحاكم الابتدائية.

كما أنه من المقررات القابلة للطعن بالطرق العادية القرار المشار إليه في: (المادة ١٨١) وهو القرار الذي يحدد بموجبه إسناد الحضانة وتحديد فترات الزيارة والوقت والأماكن؛ لمنع التحايل عن التنفيذ[1].

المطلب الثاني: اختصاص قضاء الأسرة في مجال التوثيق

من أبرز المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة إسنادها الكثير من الاختصاصات التي كانت في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة مخولة لقاضي التوثيق لفائدة القضاء الأسري.

وقد أتت هذه المدونة بإجراءات إدارية وشكلية جديدة لإبرام عقد الزواج [2] يمكن تلخيصها في كون المدونة أضافت فتح ملف خاص بتوثيق الزواج يحفظ بكتابة الضبط بقسم قضاء الأسرة (المادة٦٥).

توثيق عقد الطلاق:

وقد نصت مدونة الأسرة على مختلف الإجراءات الشكلية للإشهاد على الطلاق في (المواد ١٣٨ إلى ١٤١)، ومن أهم المستجدات التي جاءت بها تلك المواد:

- توثيق عقد الطلاق، وفتح ملف له في كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية بقسم القضاء الأسري، الذي يحمل رقما ترتيبيا كما أشارت إلى ذلك (المادة ١٣٨) التي ألزمت طالب الطلاق بالإدلاء بمستند الزوجية، وبعد الحصول على إذن المحكمة بالطلاق يتم الإشهاد عليه من طرف عدلين منتصبين في دائرة المحكمة.
- ومن بين المستجدات كذلك ما ورد في (المادة ١٣٩) من ضرورة التنصيص على تاريخ الإذن بالطلاق، ورقمه الترتيبي، ونوع الطلقة، وعددها في رسم الطلاق.
- كما أن مدونة الأسرة حددت أجل ١٥ يوما لتوجيه ملخص وثيقة الطلاق، أو الرجعة، أو الحكم بالتطليق، أو بفسخ عقد الزواج، أو بطلانه إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، الذي يلزم بتضمين بيانات ملخص الطلاق بهامش رسم الولادة.

---

(١)- عبد المالك زعزع (محام بهيئة الدار البيضاء) الإجراءات الشكلية في قضاء الأسرة، مقال منشور بمجلة الفرقان، العدد ٥٠ /٥٥. ٢٠٠٤.

(٢)- وقد ضمنت مدونة الأسرة هذه الإجراءات في (المواد ٦٥ إلى ٦٩).

وكما هو الشأن بالنسبة لتوثيق عقد الزواج، فإنه في حالة عدم وجود موطن للزوجين بالمغرب، يتم توجيه هذا الملخص إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط.

المبحث الثاني: الإجراءات المسطرية

تعتبر محاولة الصلح من أهم الإجراءات المسطرية في دعوى التطليق بسبب الشقاق والضرر؛ لما لها من أهمية بالغة -إذا ما تم توفير كل الظروف الملائمة بنجاحها- في الحيلولة دون إنهاء العلاقة الزوجية.

وإذا كانت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة خولت لمؤسسة قاضي التوثيق صلاحية القيام بمحاولة الصلح، فإن مدونة الأسرة الجديدة قد سحبت منه هذا الإجراء وأسندته لفائدة جهاز القضاء الأسري المختص في البث في القضايا الأسرية، وأقدمت على تغييرات مهمة خاصة فيما يتعلق بالجانب الإجرائي، لذلك فإننا سنتناول كلا من هذه الإجراءات المسطرية من خلال فترتين تاريخيتين، الأولى: في ظل مدونة الأحوال الشخصية، والثانية: في ظل مدونة الأسرة الجديدة.

المطلب الأول: محاولة الصلح

الفقرة الأولى: في ظل مدونة الأحوال الشخصية

لقد نص المشرع المغربي على هذا الإجراء في الفصل السادس والخمسين من مدونة الأحوال الشخصية السابقة[1]، وأعطى هذه الصلاحية لقضاة التوثيق حفاظا على الروابط الأسرية.

وهكذا تضمن تعديل الفصل ١٧٩ من قانون المسطرة المدنية وجوب القيام بالصلح، ولو خارج المساطر القضائية[2]، وذلك أمام قاضي التوثيق بالنص على ما يأتي: "**يجب على القاضي**

(١)- الفصل ٥٦ من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة .

(٢)- إدريس الفاخوري الطلاق بعد التعليل حصيلة عملية، مقال منشور بسلسلة الندوات رقم ١، حول تعديلات مدونة الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، الرباط ١٩٩٧، الصفحة ٢٠٤.

قبل الإذن بالطلاق القيام بمحاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين بكل الوسائل التي يراها ملائمة ومنها بعث الحكمين عند الاقتضاء والسداد بينهما"[1].

وإلى جانب قضاة التوثيق فإن المشرع المغربي، قد رصد مؤسستين مساعدتين في المهمة الصلحية ويتعلق الأمر بمؤسسة الحكمين[2] ومؤسسة مجلس العائلة المحدث بمقتضى الفصل ١٥٦ من مدونة الأحوال الشخصية السابقة بعد تعديلات ١٩٩٣[3].

ويتضح من مجموعة النصوص السابقة أن محاولة الصلح إجراء أولي ينبغي القيام به قبل البت في جوهر النزاع[4].

وقد ذهب المجلس الأعلى إلى أنه: **"فيما يتعلق بالإصلاح بين الزوجين فإن المشرع يعتبره إجراء تفتتح به دعوى التطليق... ولهذا فإن المحكمة لما رفضت الدفع بعدم احترام هذا الإجراء بعلة أنه لا يكون ضروريا إلا عند قيام الحجة على الضرر تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض"**[5].

كما نقض المجلس الأعلى **"حكم المحكمة التي قضت بالتطليق دون أن تبذل أي مسعى للتوفيق بين الزوجين والحيلولة ما أمكن دون تصدع العائلة"**[6].

---

(١)- إدريس الفاخوري المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال مدونة الأحوال الشخصية، أبحاث ودراسات، مطبعة الجسور، وجدة، طبعة ٢٠٠٢، الصفحة ١٧٨، وللمزيد من التفصيل في المحاولة الصلحية يراجع الصلح في العمل القضائي الطلاق نموذجا لإدريس الفاخوري ضمن نفس المرجع).

(٢)- ومن المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة كونها قد سدت الفراغ التشريعي في مدونة الأحوال الشخصية السابقة حول تحديد الأجل الذي يتعين على الحكمين أن ينجزا خلاله مهمتهما؛ حيث حددته بمقتضى المادة ٩٧ في ستة أشهر، ولعلها اقتبست هذا الحكم والأجل نفسه من المشرع المصري (المادة الثامنة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥).

(٣)- إلا أن مهام هذا المجلس استشارية غير ملزمة.

(٤)- وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة الثامنة والتي تنص على أنه: "على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين، ويبذلا جهدهما في الإصلاح، فإن أمكن على طريقة معينة قرراها " وكذلك المشرع التونسي في الفصل ٣٢ من مجلة الأحوال الشخصية: (انظر في هذا الصدد مقال: المحاولة الصلحية على معنى الفصل ٣٢ من مجلة الأحوال الشخصية) لساسي بن حليمة، منشور بالمجلة القانونية التونسية، العدد ٢ سنة ١٩٧٦، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس. وكذلك المادة ١١٥ من القانون السوري والمادة ١٩ من القانون الأردني.

(٥)- قرار صادر في ١٢ شتنبر ١٩٨٣.

(٦)- قرار عدد ٥ بتاريخ ٢٤ يناير ١٩٧٦.

إلا أن الملاحظ أن المجلس الأعلى يعتبر هذا الإجراء ضروريا كذلك أمام محاكم الدرجة الثانية، أي محاكم الاستئناف، وقد نقض في هذا الشأن حكما استئنافيا لم يجر قضاته محاولة الصلح بمحكمة الاستئناف[١].

وقد انتقد البعض ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قراره هذا؛ على اعتبار عدم فعالية هذا الإجراء بعد فشله في المرة الأولى، وعلى اعتبار عدم وجود أي نص عليه، وهذا هو في القضاء المصري[٢].

إلا أنه وحسب الإحصائيات المنشورة، فإن نسبة نجاح محاولة الصلح لم تتجاوز نسبة 10% من مجموع الحالات المعروضة على القضاء، وقد ساهمت في فشل غالبية محاولات الصلح عوامل، لعل في مقدمتها قلة الأطر البشرية المؤهلة للقيام بهذه المهمة، مقارنة مع الكم الهائل من القضايا التي تبت فيها، مما يؤدي إلى تخصيص وقت هزيل لمحاولة الصلح [٣].

وبالتالي تتحول محاولة الصلح من إجراء جوهري إلى إجراء شكلي يكتفي فيه قضاة التوثيق بمساءلة الزوجين عن الرغبة في إنهاء الزواج من عدمه.

وأمام هذه الأوضاع تم تعديل النصوص القانونية المنظمة للإجراءات المسطرية للتطليق، وتم تضمينها ضمن نصوص مدونة الأسرة الجديدة.

الفقرة الثانية: في ظل مدونة الأسرة الجديدة

لقد نصت مدونة الأسرة على هذا الإجراء في المادة ٨١ التي جاء في فقرتها الأولى: "تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح:

---

(١)- قرار رقم ٦٧ الصادر في ١ يوليو ١٩٦٨ (من أهم قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية من ١٩٦٧ إلى ٢٠٠٠) اللجنة الاستشارية الخاصة بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية، الصفحة ٦٢.

(٢)- جاء في قرار محكمة النقض المصرية: "عرض محكمة أول درجة للصلح، ورفض أحد الزوجين له كاف لتحقيق العجز عن الإصلاح، ولا محل لعرضه مرة أخرى في الاستئناف" نقض مصري، جلسة ٠٥ فبراير ١٩٨٣.

(٣)- يقول الأستاذ السفيري (إطار إداري بقسم الأسرة بالمحكمة الابتدائية بانزكان) إن معدل الوقت المخصص لجلسة الصلح لا يتعدى تقريبا ثلاثة دقائق، ويرجع ذلك إلى أن المحكمة تبت في كل القضايا الواردة من غالبية المناطق المجاورة، مما يؤدي إلى عدم توفير الوقت الكافي لكل قضية على حدة بحكم قلة الأطر البشرية، لذلك يتعين إنشاء أقسام مختصة في تلك المناطق لتخفيف الضغط الذي تعاني منه المحكمة من جراء الكم الهائل من القضايا المعروضة عليها).

- إذا توصل الزوج شخصيا بالاستدعاء ولم يحضر، اعتبر ذلك منه تراجعا عن طلبه.
- إذا توصلت الزوجة شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر، ولم تقدم ملاحظات مكتوبة، أخطرتها المحكمة عن طريق النيابة العامة بأنها إذا لم تحضر فسيتم البت في الملف.
- إذا تبين أن عنوان الزوجة مجهول، استعانت المحكمة بالنيابة العامة للوصول إلى الحقيقة، وإذا ثبت تحايل الزوج، طبقت عليه العقوبة المنصوص عليها في الفصل ٣٦١ من القانون الجنائي بطلب من الزوجة"[١].

ومن خلال نص هذه المادة تتضح الصبغة الإلزامية لمحاولة الصلح، كما أن محاولة الصلح أصبحت من اختصاص القضاء الأسري؛ حيث أعطيت لهذا القضاء كامل الصلاحية في اختيار أي مؤسسة للصلح، دون قيد أو شرط، بل توسعت إلى أبعد من ذلك، وفتحت المجال لكل من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين، وتركت عملية الصلح عامة، واعتبرت أن الأهم هو الإصلاح وإنقاذ الأسرة[٢].

ومن الأمور المستجدة التي جاءت بها مدونة الأسرة والمتعلقة بمحاولة الصلح: أن المحكمة تقوم بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما في حالة وجود أطفال.

إلا أن محاولة الصلح تصطدم بجملة من المعوقات، التي تحول دون تحقيق الأهداف المتوخاة منها، ومن هذه المعوقات ما سبقت الإشارة إليه من قلة الأطر البشرية أمام ضخامة القضايا، وكذلك رهان التأهيل والتكوين للسادة قضاة القضاء الأسري، الذين يمكنهم من اتخاذ قرارات وتدابير تحقق مصلحة الأسرة والمجتمع، الأمر الذي يستلزم إيجاد خطة عملية تحد من هذه الصعوبات، وتسهم في تفعيل محاولة الصلح وإيجابيتها.

---

(١)- الذي ينص على أن: "من توصل بغير الحق، إلى تسلم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل السابق (٣٦٠) أو حاول ذلك إما عن طريق الإدلاء ببيانات غير صحيحة، وإما عن طريق انتحال اسم كاذب أو صفة كاذبة، وإما بتقديم معلومات أو شهادات أو إقرارات غير صحيحة، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات، وغرامة من مائة وعشرين إلى ثلاثمائة درهم.

(٢)- وسنتحدث بتفصيل عن هذا الإجراء ضمن المطلب الموالي المتعلق بمسطرة التطليق.

المطلب الثاني: مسطرة التطليق

إن الحديث عن مسطرة التطليق يقتضي -بحكم التعديلات التي طرأت على النصوص القانونية المنظمة لها، سواء من حيث الإختصاص، أو من حيث إعادة تنظيمها وصياغتها ضمن نصوص مدونة الأسرة الجديدة- التطرق لهذه المسطرة في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وفي ظل قانون المسطرة المدنية، الذي كانت تخضع لنصوصه، وكذلك في ظل الإجراءات المسطرية الواردة في مدونة الأسرة الجديدة.

الفقرة الأولى: مسطرة التطليق في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة

لقد نظمت الفصول ٢١٢ إلى ٢١٦ من قانون المسطرة المدنية الإجراءات التي تتبعها المحكمة خلال نظرها في ملفات التطليق، أي مختلف الإجراءات المسطرية التي يلجأ إليها الزوج أو الزوجة، والمسطرة التي تتبعها المحكمة في نظر دعوى التطليق في ظل أحكام مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وقبل إصدار المدونة الجديدة وإحداث القضاء الأسري.

وسيتم فيما يلي استعراض تلكم الإجراءات الواردة في الفصول المشار إليها بإيجاز، قبل أن يتم التطرق للإجراءات المسطرية التي تتقيد بها محكمة قضاء الأسرة حاليا بعد صدور المدونة الجديدة.

أ. تفتح دعوى التطليق بمقال وفق الفصلين ٣١ و٣٢ من قانون المسطرة المدنية يقدم إلى كتابة ضبط محكمة موطن الزوجين.

ب. يستدعي القاضي الزوجين بعد تقييد المقال قصد محاولة الصلح بينهما، وهذه المرحلة تعتبر من أهم المراحل التي تمر بها هذه المسطرة، وعلى القاضي أن لا يعتبرها مجرد شكلية من الشكليات فقط، بل عليه أن يعمل كل ما في وسعه لإنجاحها، وذلك بعد الاستماع إلى كل من الطرفين لمحاولة إيجاد صلح بينهما[١].

وإذا لم يتم الصلح رغم حضور الزوجين، أو بسبب عدم حضورهما، أو حضور أحدهما دون الآخر، فإن القاضي يستدعي الطرف المتغيب إلى جلسة أخرى يحددها، فإن حضرا وتم الصلح، أنهى الدعوى بعد تسجيل الصلح.

(١)- قانون المسطرة المدنية في شروح، تأليف أدولف رييولط، تعريب: إدريس ملين، دار نشر المعرفة، الرباط، د.ت

وإن لم يحضر أو حضر أحدهما دون الآخر، أو حضرا ولم يتفقا على الصلح، فإن القاضي يصدر أمرا بعدم التصالح، ويأذن للمدعي بمواصلة الدعوى ويجري تحقيقا بالاستماع إلى الأطراف وأقوال الشهود عند الاقتضاء[1].

ومواصلة الدعوى لا تكون بمقال جديد، بل بالمقال الافتتاحي الأول، ويعين القاضي القضية في جلسة علنية يُستدعى لها الطرفان، فإن حضرا معا توبعت مناقشة القضية في غرفة المشورة[2] بحضور الزوجين ومحاميهما وكاتب الضبط فقط، وتدلي الزوجة مدعية الضرر بجميع الحجج التي تؤيد طلبها، وللزوج أن يدفع بما يراه نافعا له، وقد يطول أمد الدعوى؛ لاستدعاء الشهود الذين يطلب أحد الطرفين أو هما معا الاستماع إليهم تأييدا لطلبه أو دفعه[3]، أو لإنجاز أي إجراء آخر؛ كالإدلاء بوثيقة معينة مثلا، أو لإعداد الدفاع وغير ذلك.

ت. وعلى القاضي أن يبت في طلبات الطرفين المقدمة أثناء نظر الدعوى، كطلب إجراء تحفظي أو تدبير مؤقت يتعلق بصيانة الزوجة أو الأولاد وحضانتهم أو أمتعة البيت، وكأن تطلب الزوجة تمكينها من السكنى في بيت الزوجية إلى أن يصدر الحكم، أو تطلب تمكينها من نفقتها، أو نفقة أولادها، وكأن يطلب الزوج إلزام الزوجة بالبقاء في منزل الزوجية، أو تعيين محل إقامتها أثناء الدعوى، أو إلزامها بالقيام بشئون الأسرة وتربية الأولاد وذلك بصفة مستقلة ومستعجلة قبل إصدار الحكم في الموضوع.

ويكون الأمر الصادر في الطلبات المتقدمة قابلا للتنفيذ المعجل، رغم كل طعن بالاستئناف أو النقض لاقترانه بالتنفيذ المعجل بقوة القانون.

ويلاحظ أن حق القاضي في الأمر باتخاذ الإجراءات المؤقتة والتحفظية، لا ينشأ إلا عند إصداره الأمر بفشل الصلح، إذ عندئذ فقط يكون ثمة مجال لاتخاذ هذه الإجراءات[1].

(١)- التعليق على قانون المسطرة المدنية المغربي في ضوء الفقه والقضاء، تأليف مجموعة من الأساتذة عبد السلام بناني، العباسي العلوي، عبد الباسط جميعي، شاكر الناصري، الدار العربية للموسوعات ط/٢ ١٩٩٣، ١٩٩٢، ٤٩/٢.

(٢)- حفاظا على الأسرار العائلية ط.

(٣)- عبد العزيز توفيق، شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ٣٩٠/١.

(١)- التعليق على قانون المسطرة المدنية المغربي في ضوء الفقه والقضاء، الصفحة ٥٠.

ث. يستأنف الحكم في دعوى التطليق وفق الإجراءات العادية، فإذا صدر الحكم برفض طلب التطليق، ألغيت التدابير المأمور بها بمقتضى الفصل ٢١٢.

وإذا صدر بالتطليق فإنه يشير إلى التدابير المؤقتة المأمور بها طبقا لنفس الفصل، ويوقف أجل الاستئناف والاستئناف نفسه، وأجل النقض والنقض نفسه تنفيذ الحكم بالتطليق: أي أن طلب الاستئناف أو طلب النقض يوقف التنفيذ، ولا ينفذ الحكم أو القرار الصادر بالتطليق إلا إذا أصبح باتا، أي: إذا لم يطعن فيه بالاستئناف والنقض، أو إذا رفض طلب نقضه [1] وهذا إجراء استثنائي مقرر بنص قانوني صريح في المسطرة المدنية.

الفقرة الثانية: إجراءات مسطرة التطليق في ظل المدونة الجديدة للأسرة

نصت مدونة الأسرة الجديدة على إجراءات مسطرية ينبغي اتباعها في التطليق بسبب الشقاق والضرر، وتتمثل هذه الإجراءات فيما يلي:

أ. تقديم طلب حل النزاع من طرف أحد الزوجين إلى قسم القضاء الأسري بالمحكمة الابتدائية، التي يوجد بدائرة نفوذها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو التي أبرم فيها عقد الزواج.
ونشير في هذا الصدد إلى أن الزوجة معفية بقوة القانون من أداء الرسوم القضائية.

ب. يفتح الملف لدى المحكمة المختصة، ويتم استدعاء الطرفين للاستماع إلى الطرف طالب التطليق، وإلى المبررات والموجبات التي يستند إليها في ذلك، وقد نصت مدونة الأسرة الجديدة على مختلف الأحكام المتعلقة بهذا الاستدعاء، وذلك في المادة ٨١ والتي تنص على أنه: "تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح:

- إذا توصل الزوج شخصيا بالاستدعاء و لم يحضر، اعتبر ذلك منه تراجعا عن طلبه.
- إذا توصلت الزوجة شخصيا بالاستدعاء و لم تحضر، و لم تقدم ملاحظات مكتوبة، أخطرها المحكمة عن طريق النيابة العامة، بأنها إذا لم تحضر فسيتم البت في الملف.

1- عبد العزيز توفيق، شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، الصفحة ٣٩١.

○ إذا تبين أن عنوان الزوجة مجهول، استعانت المحكمة بالنيابة العامة للوصول إلى الحقيقة، وإذا ثبت تحايل الزوج، طبقت عليه العقوبة المنصوص عليها في الفصل ٣٦١ من القانون الجنائي بطلب من الزوجة"[١].

ومن خلال نص هذا الفصل، فإن المحكمة تستدعي الزوجين لمحاولة الإصلاح بينهما، ويتعين أن يتضمن الاستدعاء جميع البيانات المنصوص عليها قانونا، كما يستحسن طبع الاستدعاء تلافيا للخطوط غير المقروءة، فإذا توصلت الزوج شخصيا و لم يدل بعذر مقبول تم صرف النظر عن طلبه.

وإذا توصلت الزوجة شخصيا و لم تحضر، و لم تدل للمحكمة بوسائل دفاعها في مذكرة مكتوبة، يتم إشعارها من طرف المحكمة بواسطة النيابة العامة، بأنها ستبت في الطلب في غيبتها، إن لم تحضر في الجلسة الموالية، ويفضل في هذه الحالة أن تكلف النيابة العامة أحد أعوان كتابة الضبط بتبليغ هذا الإشعار.

والتوصل الشخصي يقتضي أن يسلم الاستدعاء إلى الشخص نفسه، بعد التأكد من هويته بواسطة الوثائق الإدارية المعتمدة لذلك، وتوقيعه توقيعا مفتوحا على شهادة التسليم، مع الإشارة إلى رقم الوثيقة الإدارية المثبتة لهويته، فإن كان عاجزا عن التوقيع أبصم مكانه، ويشير العون المكلف بالتبليغ إلى هذه الملاحظة بشهادة التسليم، وإن رفض المتسلم التوقيع، أشير إلى ذلك من طرف عون التبليغ.

وإذا اتضح من بحث النيابة العامة تعذر معرفة عنوان الزوجة بتت المحكمة في طلب الزوج.

فإذا تبين للمحكمة تحايل الزوج بإدلائه معتمدا بمعلومات خاطئة، كإدلائه بعنوان غير حقيقي مثلا، أحالت الوثائق المتضمنة لتلك البيانات الخاطئة على النيابة العامة لاتخاذ ما تراه مناسبا، علما بأن تحريك الدعوى العمومية رهين بطلب الزوجة.

في الحالة التي يتعذر فيها الإدلاء بوثيقة تثبت هوية من تسلم الاستدعاء، يثير عون التبليغ انتباه هذا الأخير إلى أن كل تحايل أو تدليس من طرفه سيعرضه لعقوبة جنائية[١].

2- وتحدد من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات، وغرامة من مائة وعشرين إلى ثلاثمائة درهم.

(١)- الدليل العملي لمدونة الأسرة، م-س ص ٦٣.

ت. عند حضور الطرفين لجلسة الصلح، فإن المناقشات تجري بغرفة المشورة، ويتم الاستماع إلى الشهود، وإلى كل من ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه.

ونشير في هذا الإطار إلى أن حضور الزوجين إجراء جوهري، كما أن المحكمة تتخذ كافة الإجراءات الضرورية لتحقيق الصلح بما في ذلك تعيين حكمين من عائلتي الزوجين تتوفر فيهما المروءة والحكمة، وفي حالة عدم وجود حكمين من أسرتيهما، فإنه يمكن للمحكمة تعيين من تراه مؤهلا لذلك، كما يمكن لها أن تستعين بمجلس العائلة أو انتداب أحد أعضائها للقيام بهذه المهمة (المادة ٨٢).

ث. وفي حالة تعذر تحقيق الصلح بين الزوجين، فإن المحكمة تحدد مبلغا كافيا يتعين على الزوج إيداعه في صندوق المحكمة[1] في أجل لا يتعدى ثلاثين يوما لأداء مستحقات الزوجة والأطفال الملزم بالإنفاق عليهم (المادة ٨٣).

ج. وتشمل مستحقات الزوجة كما هو وارد في (المادة ٨٤) ما يلي:

١- مؤخر الصداق إن وجد.

٢-نفقة العدة التي تشمل ما ورد في المادة ١٨٩ التي تنص على أنه: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة ١٦٨ أعلاه.

يراعي في تقدير كل ذلك التوسط ودخل الملزم النفقة، وحال مستحقيها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة".

٣- المتعة، وهي بمثابة تعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة من جراء إنهاء العلاقة الزوجية، وتراعي المحكمة عند تقديرها يسر الزوج وحال الزوجة.

٤- سكنى المعتدة، إلا أن ما يلاحظ في الواقع من الاستهتار بالقيم يبرر في نظري أن تقضي الزوجة عدتها في مسكن آخر ملائم لها، يهيئه لها الزوج بحسب قدرته المادية؛ حتى لا يجمعهما مسكن واحد تجنبا لاستمرار الخصومات وبواعث الانتقام المتبادلة.

1- ونظرا للتحايل الذي يلجأ إليه بعض الأزواج؛ حيث إن المحكمة تمضي في إجرءات التطليق، دون أن يضع الزوج أي مبلغ، فإن العمل يجري الآن بأن توقف المحكمة البت في إجراءات التطليق إلى حين إدلاء الزوج بتوصيل يفيد إيداعه للمبالغ المالية التي أقرتها المحكمة في صندوق هذه الأخيرة، وإلا اعتبر ذلك منه صرفا للنظر في الدعوى.

ح. عند الحكم بالتطليق، فإن الحكم يصدر نهائيا، أي أنه لا يمكن الطعن فيه في الجانب المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية فقط بأي طعن.

أما الجانب المتعلق بتحديد الواجبات المترتبة عنه، فإنه لا يعتبر نهائيا، ويكون قابلا للطعن فيه من أجل ١٥ يوما، طبقا لنص الفصل ١٣٤ من ظهير قانون المسطرة المدنية المعدل بظهير ٢٠٠٤/٠٣/٠٢ الذي ينص في فقرته الأولى على أنه: "...**إذا تعلق الأمر بقضايا الأسرة، فإن استئناف الأحكام الصادرة في شأنها يجب تقديمه داخل خمسة عشرة يوما**".

خاتمة

لعل أهم الملاحظات التي يمكن تسجيلها اعتمادا في مقاربة هذا البحث على المذهب المالكي دون غيره اعتبار أن مقتضى البحث يوجب ذلك على اعتبار أنه المذهب الرسمي للمملكة وأن علماء المغرب يعتمدون في الإفتاء على المذهب المالكي، كما أن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة نصت صراحة على أن كل ما لم تشمله نصوص المدونة يرجع فيه إلى الراجح والمشهور من مذهب مالك.

إلا أن المشرع المغربي في مدونة الأسرة وسع من مجال الخروج عن الأخذ بقواعد الفقه المالكي وقد تجسد ذلك في مظهرين:

المظهر الأول: ورود نصوص جديدة تخالف المذهب المالكي.

فمن مظاهر خروج المدونة عن قواعد المذهب المالكي:

- الإشهاد على عقد الزواج المادة ١٣ التي تعتبره شرط صحة، أخذا من المذهب الحنفي والشافعي، أما المالكية فيعتبرونه شرط كمال لا يلزم إلا عند الدخول.
- عدم إجبارية الولاية بالنسبة للراشدة مطلقا، سواء كان لها أب أم لا، أخذا من المذهب الحنفي المادتين٢٤-٢٥.
- جواز تأجيل الصداق كله المادة ٣٠ أخذا بمذهب الجمهور خلاف مذهب مالك الذي يرى في ذلك حكم الكراهة.

المظهر الثاني: هو أن المشرع في المادة ٤٠٠ لم يحل على المذهب المالكي فحسب بل أحال على غيره من المذاهب.

الإحالة على المذهب المالكي وغيره في المادة ٤٠٠ تنص هذه المادة على أن كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي، والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف.

وهذا التطور في التعامل مع المذهب المالكي ينم عن رغبة المشرع في الاستفادة من المذاهب الأخرى باعتبارها ثروة جديرة بالاهتمام، وأن هذا المستجد يتم ربطه بالمصلحة، والمصلحة كما يقال تبنى عليها الأحكام في شريعة الإسلام شرط أن تستوفي الشروط المطلوبة.

فالمشرع إذن فتح الباب على مصراعيه لقضاة الموضوع للاستفادة من الاجتهاد في المذاهب الأخرى، وهذا يحسب له؛ لأن التقييد بمذهب واحد لا يفسح المجال من الاستفادة من أئمة المذاهب الأخرى.

فلا بد إذن من الرجوع إلى الفقه الإسلامي في الكتب المعتمدة، واستعراض اجتهادات الفقهاء وأقوالهم استعراضا شاملا، بهدف الاستئناس بها مع الاستعانة بقواعدهم الفقهية والأصولية، والمقارنة بين ما توصلوا إليه من أحكام في قضايا مشابهة.

وإذا كان موضوع البحث قد حاول مقاربة ما يصطلح على تسميته التطليق للشقاق والضرر، فإنه من نافلة القول أن للأسرة في حياتنا جانبين:

أحدهما: يتعلق بالنص القانوني أو الشرعي الصرف، بالمعنى الذي يحدد الحقوق المترتبة على التصرف، ووضع الواجبات القائمة على المسئولية، وهذا الجانب يتكفل به القضاء.

أما الجانب الثاني: فهو يتعلق بفلسفة ديننا الحنيف التي تقوم على أن تكون الأسرة قائمة على المودة والتراحم والتعاطف ما بين أفرادها.

فالجانب القانوني لا تحتاجه الأسرة إلا في ساحة القضاء، وفيما عدا ذلك تظل صورة شاملة للإنسانية، لا يقف الحق فيها على مصدره الملزم، ولا يتوقف الواجب فيها عند حدود المسئولية، وإنما يتعدى ذلك إلى السمو الفكري والخلقي الذي رسمه الإسلام للإنسان دينا وسلوكا ومعاملة.

وهذا ما يجب على المشرع أخذه بعين الاعتبار، عند صياغة أي قاعدة قانونية أن يراعي خصوصية المجتمع المغربي المسلم، وإلا أفرغت من محتواها.

ومهما تطورت القوانين، فلن تستطيع أن تؤتي أكلها، ما دام هناك جهل وبعد عن الدين والفطرة السليمة.

وبعد أن بينا -جهد الإمكان- مرتكزات التطليق للشقاق والضرر في المذهب المالكي وفي مدونة الأسرة، فإن أهم الملاحظات التي يمكن تسجيلها تتمثل فيما يلي:

أن من بين أهداف المشرع في مدونة الأسرة هو اعتبار مسطرة الشقاق هي مسطرة وقائية بالدرجة الأولى، الهدف منها هو الحيلولة دون استفحال الشقاق بين الزوجين.

فبالرجوع إلى المادة ٩٤ نجد أن المشرع لم يضع مسطرة الشقاق من أجل أن يضيف سببا آخر للتطليق، وإنما من أجل حماية الأسرة، وحل الخلافات التي تهدد كيانها واستقرارها؛ حيث

تنص المادة المذكورة على أنه: إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة ٨٢ أعلاه.

فموضوع الطلب من خلال هذه المادة هو حل نزاع يخاف منه الشقاق، فالمشرع يتحدث عن مجرد نزاع يخاف إن استمر دون إيجاد حل أن يفضي إلى الشقاق، بل أكثر من ذلك أوجب المشرع على المحكمة القيام بكل محاولات لإصلاح ذات البين، إلا أنه وبالنظر إلى الواقع نجد أن القضاء لم يرتبط بذهن المواطن كمؤسسة هدفها الصلح، بل كمؤسسة مهمتها فض التراعات، لذلك فهو لا يلجأ إلى القضاء عند بروز بوادر الشقاق، بل يبقى حتى يستنفذ كل السبل الأخرى التي من شأنها رأب الصدع، كالعائلة والجيران والأصدقاء، وبالتالي لا يفكر في المرحلة القضائية، إلا عند عجز المؤسسات السابقة ويستفحل التراع وتتمكن العداوة ويلجئون إلى القضاء، وكل منهم يمثل مركزا في خصومة قضائية، ليس بهدف الصلح، ولكن بهدف فض التراع، وبذلك تكون مؤسسة الصلح التي أمر بها المشرع، قد أفرغت من محتواها، وأصبحت فقط مجرد مرحلة شكلية يمر منها الزوجان لمرحلة الانفصال.

وإذا تأملنا تعامل القضاء مع طلبات التطليق للشقاق، فإننا نجد أن المشرع- وكما سبقت الإشارة إلى ذلك- أوجد هذه المسطرة أساسا من أجل حل الخلافات التي يخاف منها

الشقاق لذلك لن تعطي أكلها إلا إذا توافر شرطان أساسيان:

- فهم صحيح من لدن المتقاضين.
- وتطبيق سليم من قبل القضاء.

ومسطرة الشقاق من جملة المساطر القضائية، التي لا بد لها من توفر الشرطين السابقين؛ حتى تتحقق الغاية التي من أجلها وجدت، وهي حل التراعات الزوجية، والمحافظة على دوام الأسرة واستقرارها، لكن أنى لذلك أن يتحقق والواقع العملي يشهد بمعطيات متباينة.

وحتى نقف على التطبيق العملي لمسطرة الشقاق، لابد من الرجوع إلى الأحكام الصادرة في الموضوع.

فبالرجوع إلى هذه الأحكام لم يتم الوقوف ولو على طلب واحد تقدم به أحد الزوجين أو هما معا إلى المحكمة من أجل حل التراع يخاف منه الشقاق، بل اتجهت جميعها إلى طلب التطليق للشقاق.

ومما ورد في وقائع أحد الأحكام الصادرة عن قسم قضاء الأسرة بسلا ما يلي: (حيث إنه بمقتضى مقال افتتاحي مودع بكتابة الضبط........وأن المدعي يسيء عشرتها بما يلي:

- عدم الاحترام وانعدام المودة والرحمة.
- الإهانة في الكرامة باستمرار الهجر والحرمان من أبسط ما تقتضيه العلاقة الزوجية.

لأجله تلتمس الحكم بتطليقها منه بسبب الشقاق)

وأمام هذا الواقع المتمثل في اللجوء إلى مسطرة الشقاق من أجل التطليق، وليس من أجل النزاعات التي يخاف منها الشقاق، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه بإلحاح، هو عن مدى قبول هذه الطلبات، خاصة وأن المشرع لم ينص في المواد المنظمة لمسطرة الشقاق على طلب اسمه طلب التطليق للشقاق.

والنتيجة هو العزوف عن المساطر القضائية الأخرى للتطليق، وارتفاع نسبة التطليق للشقاق.

لذلك أكدت في مقدمة هذا البحث: أنه لكي تعطي نصوص المدونة عامة، ومسطرة الشقاق والضرر بصفة خاصة ثمارها المرجوة، لابد من تضافر جهود جميع المتداخلين في صناعة القضاء، في الحقل القضائي، وفي الميدان الاجتماعي، من قضاة وخبراء ومجتمع مدني، المتمثل في المنظمات النسائية المهتمة بشئون المرأة –والتي بالمناسبة بدلا من أن تنير للمرأة بعد اللجوء إليها، تعمل جاهدة على تأجيج النزاع، وتحرض المرأة على العصيان– أي: الزوجين والعائلة المتمثل في مجلس العائلة، ومكونات المجتمع المدني بصفة عامة.

ونعتقد أن فهم واستيعاب الدواعي إلى إصلاح المنظومة التشريعية للأسرة باعتبارها عاملا أساسيا؛ لتحديد مدى ملاءمتها مع التحولات التي يعرفها المجتمع في مجال الأسرة، من طرف جميع الفاعلين في الحقل الاجتماعي، والتي على أساسها يمكن تفسير وتحليل النتائج؛ للوقوف عند مختلف العوائق التي تحول دون عدم التطابق؛ تطبيقا لمبدأ الشرعية وتحقيق العدالة.

نخلص في النهاية إلى أن الأساس الذي تقوم عليه الحياة الزوجية، هو المبدأ الذي لن نجد له مثيلا في أي تشريع، مهما بلغ من التطور إلا في التشريع الإسلامي، هو مبدأ الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان، وأن أي إخلال بهذا المبدأ، أو أي عدول من الزوج عنه يشكل خطرا يهدد

كيان الأسرة، إذا أراد الإضرار بالزوجة، أيا كان نوع الضرر بقصد الأذى بها، فلها الحق في طلب التطليق.

وحسبنا في هذا الإطار قول الفاروق عمر -رضي الله عنه- للتي بلغه بأنها لا تحب زوجها: (إذا كانت إحداكن لا تحب أحدنا، فلا تخبره بذلك، فإن أقل البيوت ما بني على المحبة، وإنما يعيش الناس -أو يتعايش- بالحسب والإسلام) أي أن حسب كل من الزوجين وشرفه، إنما يحفظ بحسن عشرته للآخر وانتمائه للإسلام.

لذلك ومن أجل استجلاء الغموض الذي يشوب المضامين الحقيقية لمسطرة الشقاق، كما يتجلى ذلك من خلال تطبيقها، تردد العمل القضائي في مفهوم الشقاق المبرر للتطليق، بحيث إن عدم تحديده وحصر حالاته تشريعيا، أدى إلى جعله يستوعب باقي أسبابه الأخرى.

وعليه؛ فإن استجلاء هذا الغموض، وتجاوز العراقيل التي تحول دون تطبيقها تطبيقا سليما يتلاءم وفلسفتها، ينبغي الأخذ بعين الاعتبار ما يلي:

أولا: العمل على نشر ثقافة دينية مبنية على أساس الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان، وهذا يتم بالتوعية الدينية، من خلال المساجد والمنابر الإعلامية بكل أطيافها وجمعيات المجتمع المدني؛ حتى يعرف كل من الزوجين ما له من حقوق، وما عليه من واجبات ونشر ثقافة شرعية مرتبطة بتطبيقات المدونة.

ثانيا: تكوين قضاة متخصصين في ميدان الأسرة، متشبعين ومتمرسين في الثقافة الشرعية ولديهم الباع الواسع في اللغة العربية، لفهم الثروة المذهبية الهائلة، التي يزخر بها الفقه الإسلامي عموما، وخزانة المذهب المالكي على وجه الخصوص، فلا يمكن لقضاة اعتمدوا في تكوينهم على نظريات -جاك وميشيل- فهم شرح مختصر خليل، ولا أبيات ابن عاصم الأندلسي؛ لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

ثالثا: الاهتمام بمؤسسة الصلح والتحكيم، وذلك بإشراك خبراء في علم الاجتماع والأطباء النفسانيين، وتفعيل إجراءات التسوية الودية للنزاع القائم بين الزوجين، وتنبيههما إلى أن دور القضاء في هذه المرحلة هو دور إصلاحي وليس قضائيا؛ ليزيل من ذهنهما أنهما يمثلان مركزا في الخصومة القضائية.

رابعا: أن لا يتم إصدار الحكم في طلب الشقاق أيا كان نوعه، وذلك بالاعتماد على مقاربة موضوعية لأسباب النزاع، وهو كونه مستحيلا، لا يمكن لأي امرأة وضعت في الظروف المشابهة أن تستمر في العلاقة الزوجية.

وفي الختام، وبعد أن وضعت اللمسات الأخيرة على هذا البحث المتواضع، فإنني لا أدعي الإحاطة بكل ما في هذا الموضوع من جزئيات، بل هي محاولة متواضعة جدا قدر المستطاع، في تسليط الضوء على أهمها، وإعطائها بعض ما تستحق، فإن وفقت فمن الله العلي القدير، وإن كان الأمر غير ذلك فمن صنعي والكمال لله وحده.



الملاحق

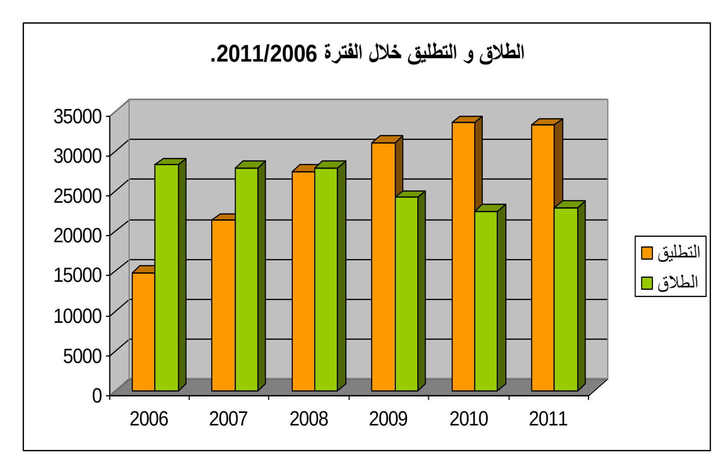
١ -الاحصائيات

احصائيات صادرة عن وزارة العدل والحريات، مديرية الشئون المدنية، مصلحة الاحصائيات.

السنة	الطلاق والتطليق		
	الطلاق	التطليق	المجموع
2006	28239	14791	43030
2007	27904	21328	49232
2008	27935	27441	55376
2009	24170	31085	55255
2010	22452	33564	56016

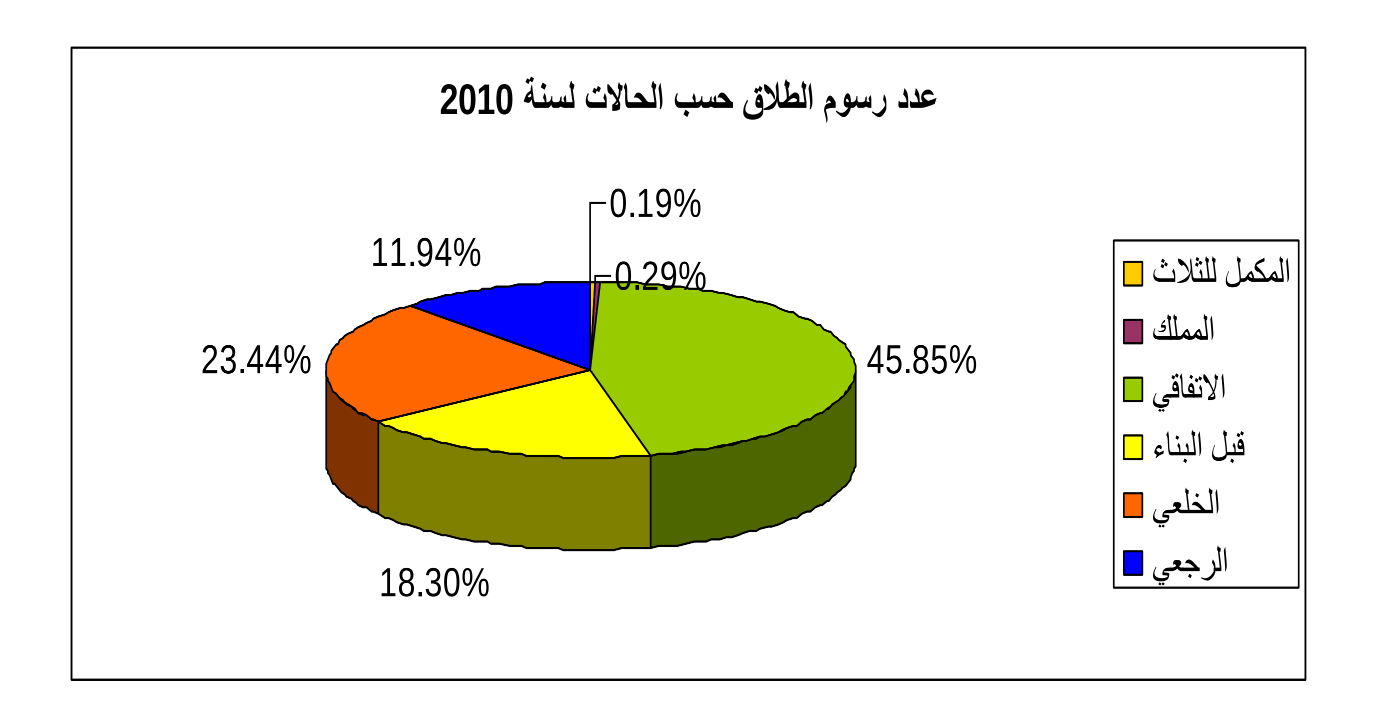
2011	22937	33261	56198
نسب التغيير بين ٢٠٠٨ و٢٠٠٩	-13.48	13.28	-0.22
نسب التغيير بين ٢٠٠٩ و٢٠١٠	-7.11	7.97	1.38

بيان يوضح الإرتفاع المهول لطلبات التطليق ويسجل في نفس الوقت تراجع طلبات الطلاق الإرادي



هدا الرسم البياني تجسيد يوضح البيان أعلاه

الرجعي	الخلعي	قبل البناء	الاتفاقي	المملك	المكمل للثلاث	مجموع رسوم الطلاق
عدد رسوم الطلاق حسب الحالات لسنة ٢٠١٠						
2680	5263	4108	10294	64	43	22452
11.94	23.44	18.3	45.85	0.29	0.19	100



هدا الرسم يبين عدد الرسوم المنجزة خلال سنة ٢٠١٠ حسب نوع الطلاق

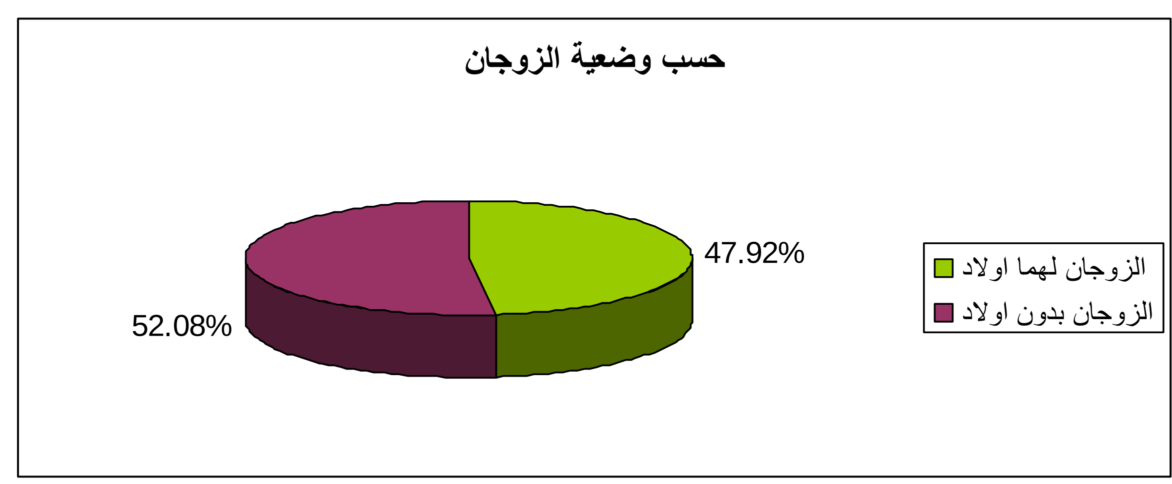
الزوجان بدون أولاد	الزوجان لهما أولاد	المجموع
3188	2933	6121
52.08	47.92	100

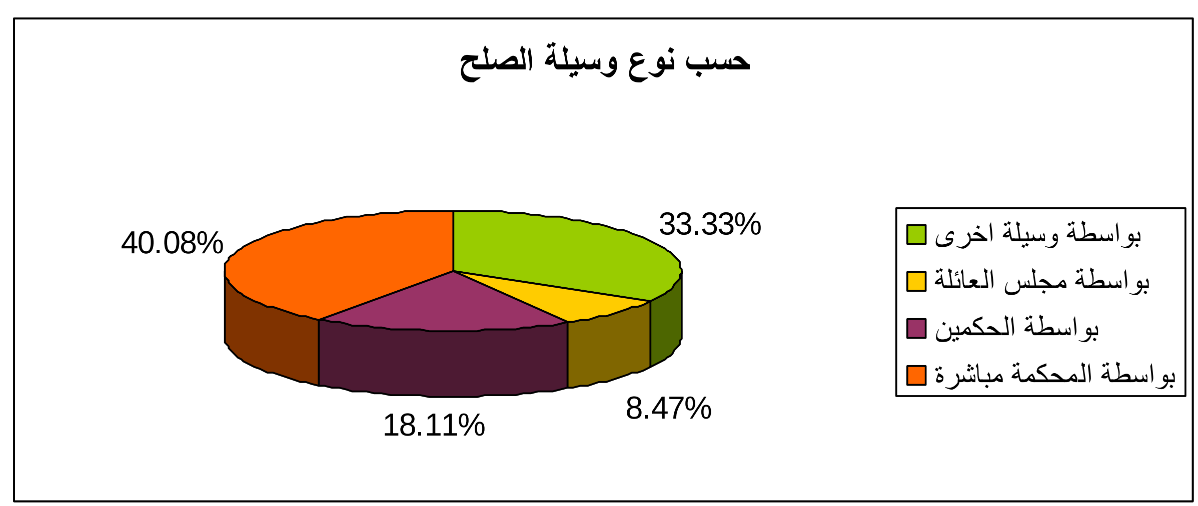
بيان لحالات الزوجان أثناء مسطرة الصلح

بواسطة المحكمة	بواسطة الحكمين	بواسطة مجلس	بواسطة وسيلة	المجموع

مباشرة		العائلة	اخرى	
2457	1102	519	2043	6121
40.14	18.14	8.48	33.38	100

بيان يوضح الطريقة التي تم بها الصلح

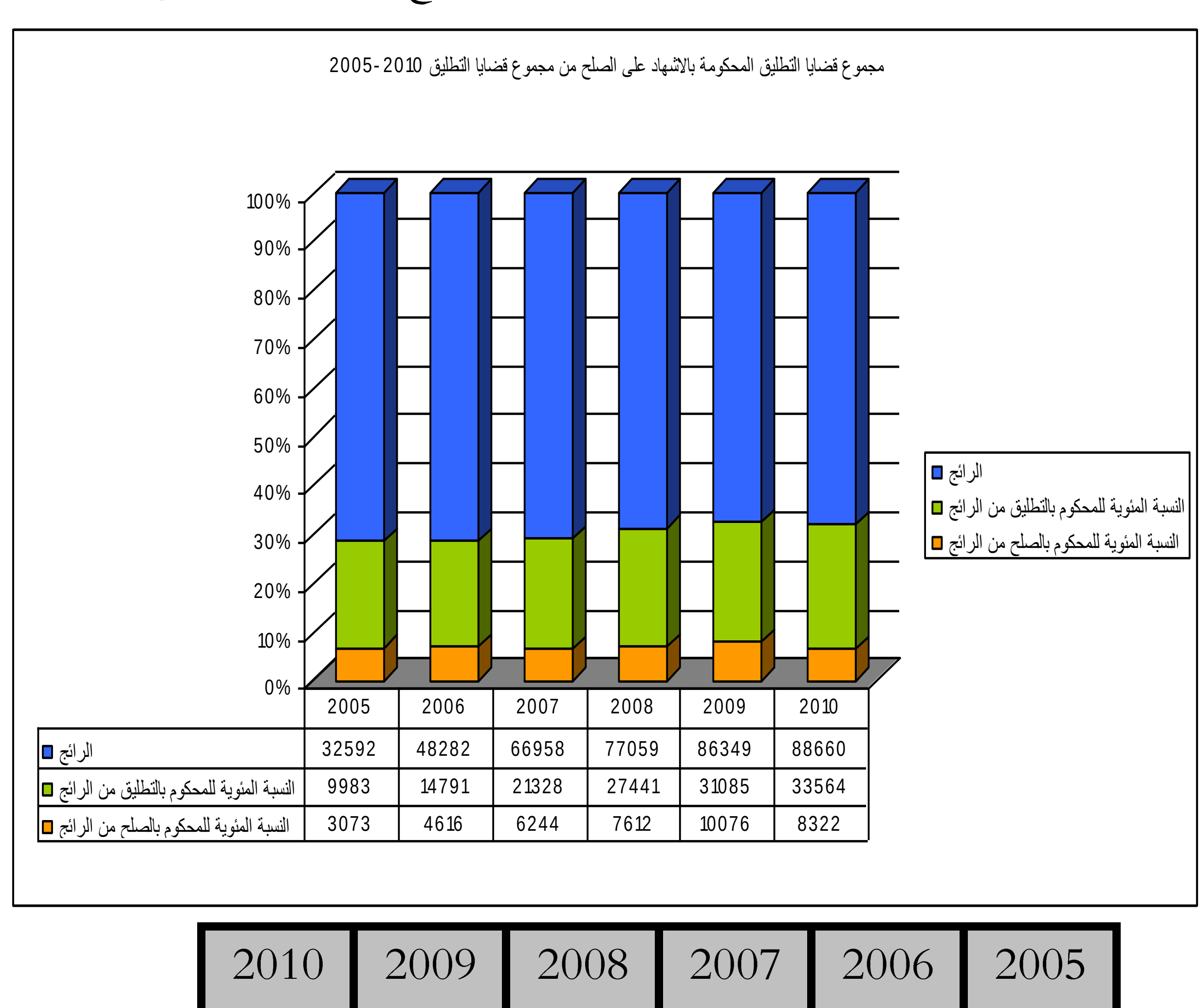




السنوات	الرائج	مجموع قضايا التطليق			
		المحكوم بالتطليق	النسبة المئوية للمحكوم بالتطليق % من	المحكوم بالاشهاد على الصلح	النسبة المئوية للمحكوم بالصلح % من

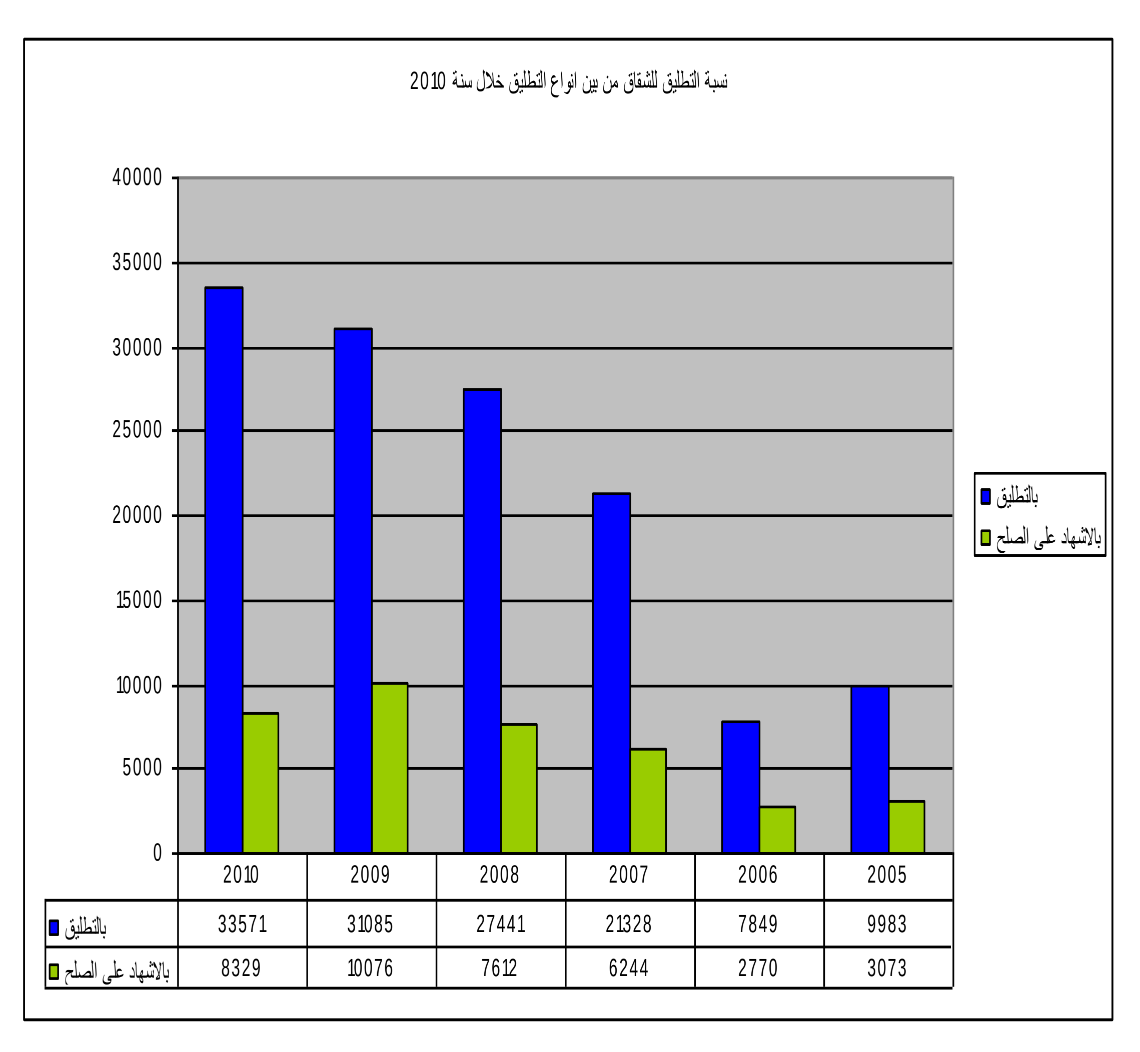
الرائج		الرائج			
9	3073	31	9983	32592	2005
10	4616	31	14791	48282	2006
9	6244	32	21328	66958	2007
10	7612	36	27441	77059	2008
12	10076	36	31085	86349	2009
9	8322	38	33564	88660	2010

بيان يوضح حسب السنوات القضايا المتواجدة بالمحاكم سواء الرائجة(اي التي لازالت الاجراءات فيها سارية والمحكومة سولء با لصلح اوالتطليق ونسبة كل واحد منهما



2010	2009	2008	2007	2006	2005

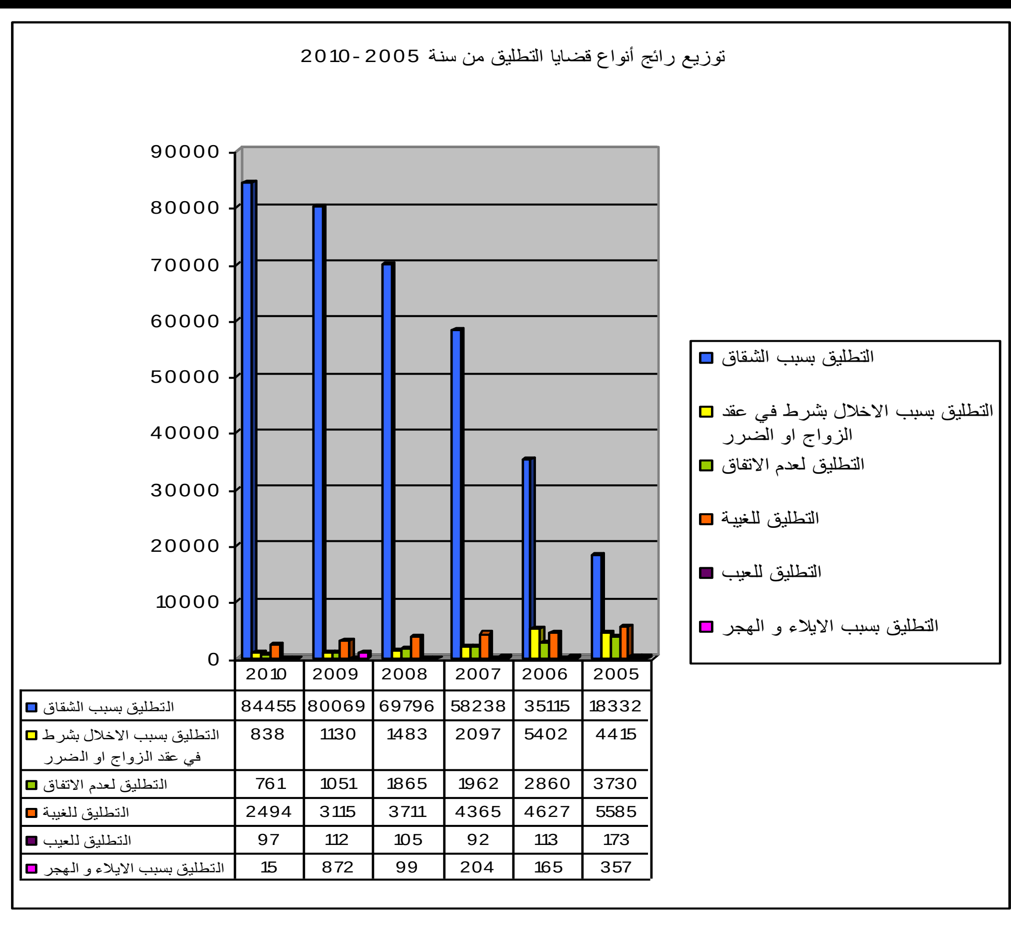
بالتطليق	33571	31085	27441	21328	7849	9983
بالإشهاد على الصلح	8329	10076	7612	6244	2770	3073



رسم يوضح القضايا التي تم فيها الصلح وهو بالأخضر والمحكومة با لتطليق وهو با الأزرق

2010	2009	2008	2007	2006	2005

التطليق بسبب الشقاق	84455	80069	69796	58238	35115	18332
التطليق بسبب الإخلال بشرط في عقد الزواج او الضرر	838	1130	1483	2097	5402	4415
التطليق لعدم الاتفاق	761	1051	1865	1962	2860	3730
التطليق للغيبة	2494	3115	3711	4365	4627	5585
التطليق للعيب	97	112	105	92	113	173
التطليق بسبب الإيلاء او الهجر	15	872	99	204	165	357



بيان يوضح ارتفاع مؤشر التطليق للشقاق على باقي انواع التطليقات الاخرى

٢ -المراجع المعتمدة

أولا: التفاسير

- أحكام القرآن لابن العربي، دار الفكر، لبنان.
- أحكام القرآن للجصاص، دار الكتاب العربي، لبنان.
- التفسير الكبير للفخر الرازي، دار الفكر.
- الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبي، دار الفكر.
- الكشاف عن حقائق التتريل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل للزمخشري، دار الفكر.
- جامع البيان عن تأويل آي القرآن لابن جرير الطبري، دار الفكر، طبعة ١٩٨٤.
- في ظلال القرآن سيد قطب، دار الشروق، الطبعة الأولى١٩٧٢.

ثانيا: كتب الحديث

- الموطأ للإمام مالك، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى١٩٩١.
- السنن الكبرى للبيهقي، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأولى.
- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، للباجي.
- سنن ابن ماجة، دار إحياء التراث العربي، تحقيق وتخريج وتعليق محمد فؤاد الباقي.
- سنن الترمذي، دار الفكر.
- سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، حاشية الإمام السندي، دار الفكر، بيروت.
- صحيح الإمام مسلم، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى.
- صحيح البخاري، دار الفكر، طبعة ١٩٩٤، ودار الجليل.

ثالثا: المعاجم

- لسان العرب، لابن منظور، دار المعارف.
- المختار الصحاح.
- النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير، نشر المكتبة الإسلامية، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناجي.

رابعا: المراجع الفقهية

- البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الأحكام، لابن عاصم الأندلسي، دار الفكر، الطبعة الأولى ١٤١٦-١٩٩٥.
- شرح التحفة، للدكتور عبد الكريم شهبون، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى ١٤٣١-٢٠١٠٣.
- الخرشي على مختصر خليل الخرشي، وبهامشه حاشية العدوي، دار الفكر.
- الشرح الكبير للدرديري بهامش حاشية الدسوقي، دار الفكر.
- المدونة الكبرى، للإمام مالك، دار الفكر، لبنان.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، دار الجيل، بيروت، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة الطبعة الأولى.
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، طبعة ١٤٢٣/٢٠٠٣.
- شرح الحدود الفقهية، الرصاع التونسي، دار الغرب الإسلامي، لبنان الطبعة الأولى ١٩٩٣.
- مختصر الشيخ خليل دار الفكر الطبعة ٧٨.
- حاشية الدسوقي، دار الفكر.
- مواهب الجليل وبهامشه التاج والإكليل للمواق الحطاب، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء الطبعة الثالثة ١٩٩٢، وطبعة دار الفكر بيروت.
- أعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم.
- الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجرير.

- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والأوتار، لابن عبد البر، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة ٢٠١٠.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، أصدرتها وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت.
- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك. تأليف أحمد بن يحي الونشريسي.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والمساند، للإمام الحافظ يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي.
- القوانين الفقهية، للعلامة ابن جزي.

خامسا: المراجع القانونية

- الوسيط في شرح مدونة الأسرة، محمد الكشبور، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- شرح مدونة الأسرة، لمحمد الأزهر، طبعة ٢٠١١.
- التطليق للشقاق محمد الكشبور، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة ١١ ،ويونس الزهري، ومحمد فتوح.
- التعليق على قانون الاحوال الشخصية، أحمد الخمليشي، مكتبة المعارف.
- انحلال الرابطة الزوجية، إدريس الفاخوري.
- خصوصية المسطرة في المادة الأسرية (دعاوى انحلال ميثاق الزوجية نموذجا محمد السلواني، المطبعة، والوراقة الوطنية الدوديات مراكش، الطبعة الأولى ٢٠١١.
- مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي محمد بلفقير، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربيين، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية ١٤٣٢-٢٠١١.
- أثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية دراسة تأصلية في المادة ٤٠٠ للدكتور عبد الله أبي عوض.
- مجلة المذهب المالكي، العدد الثاني عشر، والثالث عشر٢٠١١ /١٤٣٢.
- مجلة الملحق القضائي العدد ٢٠١١/٤٤ قراءة في المدونة، المستجدات والثغرات.
- المنبر القانوني، مجلة نصف شهرية تعنى بالدراسات القانونية، العدد الأول أكتوبر ٢٠١١.
- مجلة الفرقان العدد ٢٠٠٤/٥ مقال لعبد المالك الزعزاع: الإجراءات الشكلية في قضاء الأسرة.

- جريدة الأحداث المغربية العدد ١٧٧١ بتاريخ ٢٩ نوفمبر ٢٠٠٣ مقال مسطرة الشقاق بمشروع مدونة الأسرة، لخديجة الركاني.
- مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث والرابع١٩٧٢، بحث فكرة سبب التطليق دراسة مقارنة في القانون الإنجليزي والفرنسي.
- مجلة المناهج القانونية، عدد مزدوج ١٥/١٦/ ٢٠١١.
- الوجيز في الدعوى وإجراءاتها القضائية في ضوء قانون المسطرة المدنية.
- التطليق للشقاق في عمل قضاء الأسرة، ذ/ عبد الهادي البطاح. دراسة توثيقية وإحصائية.
- التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، يونس الزهري، محمد الكشبور، حسن فتوح، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة١١، الطبعة الأولى ٢٠٠٦، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة ١٩٨٣.
- شرح التحفة، ذ/ عبد الكريم شهبون الطبعة الأولى ١٤٣١/٢٠١٠، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- مستجدات مدونة الأسرة وتطبيقاتها العملية، إدريس بلمحجوب.
- مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، عبد الرحمن الصابوني.
- قضايا الأسرة (إشكالات راهنة ومقاربات متعددة) سلسلة دراسات وأبحاث ٢، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، توزيع دار الآفاق المغربية.
- حقوق الأسرة بين أصالة الفقه ودعوات التجديد، حميد مسرار، مطبعة RABAT NET MAROC.
- قرارات المجلس الأعلى (من أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث ١٩٦٢-١٩٩٥).
- وجهة نظر قانونية، ذ/ رشيد مشقاقة (مجموعة مقالات نشرها جريدة العلم وجمعت في كتاب صدر سنة ١٩٩٥ تحت عنوان وجهة نظر) شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع الرباط.
- مجلة محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، مجلة قانونية وقضائية متخصصة تصدر مرتين في السنة عدد ٠٢-٢٠١٢ (مدى استحقاق المتعة والتعويض في قضايا التطليق للشقاق)، إبراهيم بحماني.

- جمهرة تراجم فقهاء المالكية، دار البحوث الإماراتية، الطبعة الأولى ١٤٣٢/٢٠٠٢.
- الشروط بغقد الزواج في الفقه الاسلامي :محمد بلال مهران
-
- التقريب في شرح مدونة الاحوال الشخصية علال الفاسي
- احمد محمود الشافعي:الطلاق وحقوق الاولاد ونفقة الاب في الشريعة الاسلامية

٣-فهرس الآيات القرآنية

٢٧	أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ	٧٩	40
سورة النور			
٢٨	وَلا يَأْتَلِ أُوْلُوا الْفَضْلِ مِنكُمْ وَالسَّعَةِ........	٢٩	42
سورة المومنون			
٢٩	وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ..	٤	75
م	الســــــورة	الآية	الصفحة
سورة الأحزاب			
٣٠	يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ...........	٢٧	43
سورة الروم			
٣١	وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا...................	١٩	٥
سورة الطلاق			
٣٢	أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلاَ تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ	٦	66-82

٤-فهرس الأحاديث النبوية

٥-فهرس الأعلام

٦-المراجع الإلكترونية

- http://www.islamweb.net/hadith/hadithServices.php?type=1&cid=101&sid=30002
- http.www.dorar.net/enc/hadit
- http://www.ahlalhdeeth.com/vb/showthread.php?t=246129.
- http://tahasafeer.blogspot.com/2011/01/pdf_4159.html
- http://www.raqamiya.org
- http://www.taimiah.org/index.aspx?function=item&id=954&node=4661
- http://www.waqfeya.com/book.php?bid=542

احكام التفريق بين الزوجين لدكتور عيسى عبود(الملتقى الفقهي

- http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=5014